



Cuadernos de Cijuso

"El saber nos hace mejores"

REVISTA ELECTRÓNICA de artículos de doctrina de la Fundación Ciencias Jurídicas y Sociales

DERECHO AMBIENTAL

Derecho ambiental en el Código Civil y Comercial de la Nación. Ley N° 26.994
Por Luis Cavalli

DERECHO DE FAMILIA

El Derecho Alimentario en el Código Civil y Comercial de la Nación
Por Leandro Merlo

DERECHOS REALES

Reflexiones y análisis de las principales modificaciones normativas sobre los Derechos Reales en el Código Civil y Comercial de la Nación
Por María Alejandra Pasquet

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

La importancia de los Tratados en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación
Por Eloísa B. Raya de Vera

DERECHO DEL CONSUMIDOR

El Nuevo Código y la protección de los débiles jurídicos (Contratos de consumo, contratos por adhesión, abuso del derecho, situación jurídica abusiva, abuso de posición dominante cláusulas abusivas y prácticas abusivas)
Por Jorge Oscar Rossi



Fundación Ciencias Jurídicas y Sociales
www.cijuso.org.ar

LIBROS CIJUSO

Desde 1992 capacitando a abogados y estudiantes de Derecho



Certificados avalados por el
COLPROBA y la Fundación CIJUSO

Cursos presenciales

Solicitados por los Colegios de Abogados

Cursos a distancia

A través de nuestra plataforma www.cijuso-online.org.ar

Convenios

Coorganización de jornadas y congresos

Formación para personal de los Colegios de abogados

Formación básica de mediadores

Capacitación continua para mediadores

E-books

Carreras

SECCIONES Y NOVEDADES

Facebook 

 Fundación-Cijuso

CijusoMED AREA DE PREVENCIÓN, GESTIÓN Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

 www.cijuso.org.ar/resoluciondeconflictos

CURSOS A DISTANCIA EN AULA VIRTUAL

 www.cijuso-online.org.ar 

NOVEDADES

 www.blogcijuso.org.ar

Twitter

 @FundaciónCijuso

Libros Cijuso

 www.libroscijuso.org.ar

Youtube

 Cijusotv

Google+

 cijusoonline

Cuadernos de CiJuSo

El Saber nos hace mejores

Revista de la Fundación Ciencias Jurídicas y Sociales del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires

Dirección editorial: Jorge Oscar Rossi

Diseño de tapa e interior: Carolina Flora Díaz

www.cijuso.org.ar

www.libroscijuso.org.ar

Año I - Nº 2 – Diciembre de 2014

ISSN 2422-5711

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, República Argentina

Los CUADERNOS DE CIJUSO tienen como objetivo difundir los trabajos de los docentes, investigadores y alumnos de la Fundación Ciencias Jurídicas y Sociales del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, así como de colaboradores de otras instituciones, con el fin de crear un espacio para el intercambio de ideas. El Consejo Editorial se reserva el derecho a rechazar la publicación de material que no está de acuerdo con estos objetivos. Los autores son responsables de los trabajos firmados.

Está permitida la transcripción de estos artículos, a condición que se cite la fuente, la autoría, no se realicen modificaciones al texto y la publicación no persiga fines comerciales.

Fundación CiJuSo

Villanueva 908, CP 1426, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina

Teléfono: (54-11) 4899 -1856 / 4899-1657 Fax: 4899-1656

info@cijuso.org.ar

Cuadernos de CiJuSo

Autoridades de la Fundación CiJuSo

Presidente: Dr. Gerardo Rafael SALAS (Bahía Blanca)

Secretario: Dr. Guillermo Ernesto SAGUES (San Isidro)

Tesorero: Dr. Eduardo Gabriel SREIDER (Moreno-Gral. Rodríguez)

Prosecretario: Dra. Adriana Cecilia COLIQUEO (Avellaneda-Lanús)

Protesorero: Dr. Damián Alcides PIMPINATTI (Pergamino)

Vocales: Dr. Sergio Gustavo VOLANTE (Azul)

Dr. Mateo LABORDE (Mercedes)

Director Académico

Dr. Adrián Sergio CETRANGOLO

Secretario de Investigación

Dr. Justino BERTOTTO

Director de Capacitación a Distancia y Publicaciones

Dr. Jorge Oscar ROSSI

Índice

Derecho Ambiental

Derecho ambiental en el Código Civil y Comercial de la Nación. Ley N° 26.994

Por Luis Cavalli

Pág. 8

Derecho de Familia

El Derecho Alimentario en el Código Civil y Comercial de la Nación

Por Leandro Merlo

Pág. 21

Derechos Reales

Reflexiones y análisis de las principales modificaciones normativas sobre los Derechos Reales en el Código Civil y Comercial de la Nación

Por María Alejandra Pasquet

Pág. 37

Derecho Internacional Privado

La importancia de los Tratados en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

Por Eloísa B. Raya de Vera

Pág. 53

Derecho del Consumidor

El Nuevo Código y la protección de los débiles jurídicos (Contratos de consumo, contratos por adhesión, abuso del derecho, situación jurídica abusiva, abuso de posición dominante cláusulas abusivas y prácticas abusivas)

Por Jorge Oscar Rossi

Pág. 58

Derecho Ambiental

Derecho ambiental en el Código Civil y Comercial de la Nación. Ley N° 26.994

Por Luis Cavalli¹

Los códigos en sudamérica son hijos más bien de la vanidad que de la necesidad... son el testamento de un abogado, o el monumento de la vanidad de un Presidente.

Juan Bautista Alberdi. Bases.²

Vere dignum et iustum est³ .

Luego de más de cien años hemos presenciado la sanción de un nuevo Código civil, unificado con el comercial, al que se le han agregado aquellas leyes, llamadas temerariamente “especiales”, que deberían haber formado parte del código civil o del comercial, pero que no tuvieron o no quisieron obtener ese éxito. Lo que fue una mera expectativa, como lo fue con tantos otros proyectos del Siglo anterior, hoy se convierte en una certeza: Tenemos un nuevo código civil y comercial. Si el código de Vélez Sarsfield se aprobó a libro cerrado y sin modificaciones, este código se votó, dadas las diferencias en el tiempo y el discurso oficial, a libro abierto y a mente cerrada. Sin modificaciones.

Lo que se analiza en el presente trabajo es la importancia y consecuencias de la supresión lisa y llana que ha realizado el Poder Ejecutivo Nacional de todo lo atinente al daño ambiental de incidencia colectiva.

Según se informa y se agradece oportunamente, los tres integrantes de la Comisión 191/2011 tuvieron la deferencia de hacer participar en la confección del Anteproyecto a sus amigos, conocidos, discípulos y demás deudos, con alguna especialidad en los distintos y variados temas que abarca el código.

Criticar, evaluar, juzgar desde afuera de los que hicieron el Anteproyecto y de los que lo amputaron, nunca es método apto para razonar la eficiencia del texto analizado. Hay tesis, obras, lecturas, textos, que no son inaccesibles al análisis. Las hay malas, que son malas sin más.

El Código nuevo tiene sus lados buenos y lados malos. Como decía Borges, todas las cosas son lunares, esconden un lado oscuro que no podemos ver. No hay en el proyecto de Código ningún procedimiento, corte o mezcla incoherente de metodología, ninguna felicidad que no se pueda descubrir y hasta explicar el más rudimental estudiante. No hay una de las frases, de las explicaciones, de las acumulaciones de datos, que no puedan ser examinadas, refutadas, negadas, o que no sean corregibles.

¹ Abogado especialista en el Régimen Jurídico de los Recursos Naturales por la UBA. Sus últimos libros publicados son: “Ambiente Petróleo y gas” en coautoría con Pigretti, Eduardo y Bllorio Clabot, Dino. Ed Lajouane. 2011. “Derecho Ambiental de aguas” en coautoría con Pigretti y Bellorio Clabot. Ed Lajouane 2012. “Mariano Moreno. 1805-1811” Ed Lajouane. 2010. “Derecho Agrario Ambiental” en Coautoría con Bellorio Calbot, Dino. Ed Ad Hoc. 2009. Fue hasta noviembre de 2011 Vicedecano de la Facultad de Derecho y Ciencias sociales de la Universidad de Belgrano. Es Profesor Asociado de la materia Derecho de los Recursos Naturales y Medio Ambiente de la UAI. Es miembro del Instituto de Ecología, Ambiente y Recursos Energéticos del CPACF. Es Profesor con ofertas de cursos a distancia de la Fundación CIJUSO

² Alberdi, J.B. “Bases y Puntos de Partida para la organización política de la república Argentina” Pág 35 Talleres Gráficos Argentinos. Edición prologada por Francisco Cruz. 1933

³ Compendio del Catecismo de la Iglesia Católica, n. 1352. Etimología de la palabra prefacio. Lo que sigue en latín es “En verdad es justo y necesario” parte del prefacio en la misa primitiva.

El análisis crítico que hago se encara desde un lugar: lo ambiental. Lo que me coloca en la peor de las situaciones: Se entiende que los derechos de primera generación, invocados por las empresas del sector y los derechos de segunda generación, invocados por los gremios del sector, son atacados por los derechos de tercera generación, que son los ambientales. Quiero participar de una fiesta donde nadie quiere invitarme. Estamos ante la vigencia de una materia jurídica ambiental cuyos preceptos no se cumplen a pleno en la realidad, o, como dice la Memoria Contable 2011 de YPF⁴, “no son profundos en su grado de aplicabilidad”. En lo internacional existe un catálogo minucioso y preciso de doctrinas y afirmaciones en declaraciones internacionales, que en cada reunión del G 8, del G 20, o del punto G, se encargan de poner entre las prioridades el movimiento de dinero para mitigar el “cambio climático”, convencionalmente aceptado como existente y cuyo principal factor desencadenante son los combustibles fósiles. Sin embargo nada cambia en lo interno de las naciones, ni a nivel concreto internacional.

El Código observa, creo, todas las convenciones del género jurídico, no menos convencionales que el penal o laboral, de las cuales nos cansaremos o ya estamos cansados. Lo peor de la situación, forzada por lo convencional y lo “serio” que tiene un código es que, carece, debe carecer, de la pasión en el análisis. Se suprimió la responsabilidad por daño ambiental de incidencia colectiva sin explicaciones, en el medio del silencio de los inocentes.

He descubierto que mi método de escritura de libros y artículos es el “método chef”, es decir, tiro todo lo que tengo en la olla de una sola vez y luego saco y pongo los ingredientes según mi paladar me va indicando, para centrarme solo en el resultado final. Para este análisis de proyecto de Código y propuesta consecuente he renunciado a tan sutil sistema. Lo he hecho no sin esfuerzo, para recurrir al necesario estudio de los libros de metodología, algunos armoniosos como “Investigar en Derecho” de Ana Kuns y Nancy Cardinaux⁵, otros amenos y amables del que uno se siente amigo por su literatura anterior, como el “Cómo hacer una tesis” de Umberto Eco⁶ e inextricables, debido a mi apuro y fatiga, como “La estructura de las relaciones científicas” de Tomas Khun⁷, científico que impuso un concepto que nunca usé ni volveré a usar como “paradigma”. La metodología empleada la he denominado “genética-constructivista” por lo que vaya mi mención al mal leído y nada aprendido Piaget, Jean: “Introducción a la epistemología genética”⁸.

No he caído en algunos errores groseros. Sé que hay escrupulosos críticos que ejercen la policía de las pequeñas distracciones, otros pasan a maestros de segundo grado y miden los párrafos y donde están puestas las comas. No soy vulnerable a ello, aunque a veces me doy cuenta donde es necesario aligerar una estrofa pesada o mitigar un énfasis.

El Código tiene el estilo, la forma, el “formato” como se dice en el nuevo lenguaje informático, los requisitos elementales que constituyen una tradición de género, de estilo, estandarizadas en este Siglo XXI con la ayuda del lenguaje y la tecnología computadoril, donde la máquina señala qué tamaño de letra, espacio, renglones, negritas y cursivas hay que usar. Ya hay un lugar para cada palabra, un lugar para cada símbolo. Es baladí lo que un innovador es capaz de alterar en el estilo.

Vere dignum et iustum est: Sigo creyendo en la necesidad y justicia de analizar los

⁴ CNV. Balance YPF. Año 2001. Pasivo ambiental.

⁵ Kuns y Cardinaux: *Investigar en Derecho. Guía para alumnos y tesisistas*. Bs As Depto Publicaciones. Facultad Derecho. UBA 2004

⁶ Eco Umberto. *“Cómo se hace una tesis, técnicas y procedimientos de investigación, estudio y escritura”* (1977).

⁷ Khun Thomas. *La estructura de las revoluciones científicas*, 1962

⁸ Piaget, J. *“Introducción a la epistemología genética”*. Tomo II. Ed. Paidós, Buenos Aires, 1975

aspectos suprimidos del daño ambiental de incidencia colectiva en el Código Civil y Comercial de la Nación. Cada acto, desastroso o pequeño, que sucede en el ambiente o en los recursos naturales tiene impacto directo sobre nuestro presente. Y condena nuestro futuro.

La masificación judicial de la protección ambiental que representaba la incorporación de la responsabilidad por daño ambiental de incidencia colectiva en el Código Civil Unificado hubiera significado un progreso fundamental en la instauración definitiva del desarrollo sustentable en la Argentina. Pero lo cierto es que esto no llegó al Congreso y se hundirá en las arenas del olvido. No por ello voy a acallar hoy la crítica correspondiente.

Alguien, algún día, va a escuchar. Por eso este aporte.

Lo que el viento se llevó

El Anteproyecto de Código Civil y Comercial redactado por la Comisión Decreto 191/2011 contemplaba en su sistema completo de responsabilidad, los derivados de los daños a los derechos de incidencia colectiva vinculados con la protección ambiental. El Poder Ejecutivo Nacional al enviar al Senado el Proyecto, suprimió los vinculados al ambiente, remitiendo su tratamiento al derecho administrativo, a las leyes especiales o a los presupuestos mínimos. Esta circunstancia de remitir a normas externas quitó el carácter de completitud que tiene que tener este cuerpo normativo. De esta manera, además de notarse la desprolijidad de las supresiones y modificaciones, el código deja de ser un sistema jurídico lógico donde toda situación de responsabilidad civil, incluidas las derivadas de daños a los derechos de incidencia colectiva vinculados con el ambiente, se resuelve dentro del mismo sistema. La amputación realizada por el Poder Ejecutivo Nacional, le quitó así al código unidad, coherencia y sistematización, que es el objetivo central de la codificación.

Con esta amputación de la dimensión ambiental del sistema de responsabilidad en el código civil y comercial se pierde una oportunidad de unificar la responsabilidad civil. El anacrónico concepto de considerar la normativa protectora del ambiente y los recursos naturales como exclusiva del derecho administrativo encuentra su refutación objetiva en el sistema de responsabilidad por daños. Desde el mismo campo de los civilistas, en 1920 Duguit invitaba a los juristas a rehacer el Derecho Civil para adecuarlo a las nuevas concepciones.⁹ Así se fue abriendo paso la responsabilidad objetiva en el derecho civil, frente a la evolución de una sociedad que no admite que un daño quede sin reparación. Y no es una cuestión de derecho público o privado, ya que la responsabilidad civil se ubica “en el centro de todo el Derecho”¹⁰. Goldemberg ha sostenido con acierto que la responsabilidad civil “constituye el punto neurálgico de las preocupaciones jurídicas...ha llegado a invadir todos los dominios de las ciencias jurídicas, en el Derecho Público como en el Derecho Privado.”¹¹ La doctrina privatista que en nuestro medio se ocupa del derecho de daños desde la década del noventa ha reclamado de manera constante la inclusión del reconocimiento legal de los derechos colectivos, conteniendo los ambientales explícitamente. Así se refleja en las distintas jornadas de derecho civil que se vienen realizando en el país.

Si como dicen sus propagandistas, este un código que va a durar cien años, nos queda un siglo de espera para lograr que el derecho argentino tenga un sistema de responsabilidad por daños único, completo, coherente y sistemático. Mientras tanto la responsabilidad por

⁹ Duguit. *La revolte des faits contre le code civil*. 1920

¹⁰ Mazeaud-Tunc. *Tratado teórico práctico de la responsabilidad delictual y contractual*. N° 15-2. P.16.-

¹¹ Goldenberg, Isidoro. *Indemnización por Daños y Perjuicios*. Hammurabi. 1998

daños a los derechos de incidencia colectiva vinculados con el ambiente y los recursos naturales quedará fragmentada en diversas y dispersas “leyes especiales”, poco conocidas, de baja aplicabilidad¹², con tendencia a encuadrarse dentro del derecho administrativo, esto es, sometida a la voluntad del Poder Administrador. Algunas provincias, en su afán por fomentar determinadas industrias, son altamente permisivas respecto de la responsabilidad por los daños ambientales que ocasionan las empresas. Algunas provincias autodenominadas productoras de hidrocarburos burlan el sistema de responsabilidad civil nacional mediante un sistema donde el reconocimiento de daño ambiental se hace mediante declaración jurada del propio causante, quién acuerda con el poder ejecutivo provincial un plan de remediación. Como puede notarse fácilmente es un sistema endeble, poco creíble y vulnerable al fraude¹³.

Evolución en la tutela de los derechos subjetivos

Los llamados derechos de incidencia colectiva son los derechos que se incorporan al plexo de normas positivas argentinas con la reforma constitucional de 1994, cuerpo jurídico receptor de los derechos denominados de tercera generación, llamados así por su orden de aparición en el tiempo. Están enunciados en el artículo 41, 42 y 43 de la Constitución Nacional, son los protectivos del ambiente, de la no discriminación, del usuario y consumidor, y de la competencia. Se diferencian de los derechos liberales clásicos, incluidos en la Constitución de 1853-60, que para comodidad explicativa se denominan de primera generación. Se diferencian, también, de los derechos del trabajo y la seguridad social, llegados a nuestro derecho en la Constitución de 1949 y resignadamente incluidos en un bis del artículo 14 de la resurrecta Constitución del año 1957, llamados de segunda generación.

Resulta lógico y natural que en el clima de individualismo liberal teórico en el que se desenvolvía, Vélez Sarsfield¹⁴ no conociera ni podía conocer estos derechos. Tampoco hacen referencia a los derechos de incidencia colectiva la doctrina más importante del derecho privado clásico del Siglo XX que promovió con ningún resultado anteproyectos de modificación del Código Civil, como el de Bibiloni del 29, el anteproyecto del 36, ni el del año 54 de J.J. Llambías. Tampoco los comisionados que trabajaron bajo la dirección inoficiosa del Dr. Guillermo Borda que reformaron doscientos artículos a través de la Ley 17.711, hacían referencia en sus tratados a estos derechos y por ello mismo no figuran en el articulado del código vigente.

El Anteproyecto de Código Civil redactado por la Comisión Decreto 191/2011 los contemplaba entre los derechos que reconoce el código, siguiendo la orientación y principios de la Constitución Nacional que contiene entre los derechos de incidencia colectiva los del usuario, consumidor, la competencia y los protectivos del ambiente. Pero el Poder Ejecutivo Nacional suprimió los derechos de incidencia colectiva vinculados con el ambiente en el proyecto final que envió al Senado. Esto adquiere particular significancia toda vez que es una manifestación explícita del pensamiento y consideración de los derechos ambientales por parte del Poder Ejecutivo Nacional. Los motivos no podemos saberlos porque no hay

¹² Esta no es una apreciación subjetiva. En el balance de 2011 de YPF S.A. utiliza el concepto de “profundidad en el grado aplicación de la normativa ambiental”. Siguiendo ese criterio el monto dinerario para aplicar a la recomposición de daños ambientales en la Argentina, donde la propia Intervención reconoció que eran cuantiosos, fue escasa, mientras que la cantidad afectada para este ítem a aplicar en EEUU era mucho mayor.

¹³ Así Neuquén, Río Negro, Chubut, Santa Cruz.

¹⁴ Decimos “teórico” porque en la práctica cotidiana Vélez hizo carrera por ser cuñado del Gobernador de San Luis Don Santos Ortiz, gracias a quién fue Diputado, fue protegido de Facundo Quiroga y era contertulio de la hija de Rosas a tal punto que el 3 de febrero de 1852 se enteró de la derrota de Restaurador estando en una tertulia con Manuelita. Los vientos posteriores lo arrimaron al pensamiento francés y la copia de su código.

fundamentación de la exclusión. Comentar acerca de los porqués es conjeturar en vano. Lo que queda claro es que ahora no son tratados en el Código Civil y Comercial de la Nación.

El centro de la tutela de Anteproyecto eran los derechos subjetivos, que son las facultades o prerrogativas que una persona tiene para exigir de los demás, ya sean personas, físicas, jurídicas o Estados, un determinado comportamiento. El artículo 14 del Anteproyecto era la culminación de un proceso genético iniciado en el pensamiento iluminista francés surgido contra el absolutismo monárquico, donde el paradigma era que las leyes solo existían allí donde falta la convención de los particulares, donde emerge en su máxima expresión la llamada autonomía de la voluntad. “Lo que es querido, no causa injusticia” era un apotegma de la época o “quién dice contractual, dice justo”. La libertad individual por sobre todo. Pero a partir de considerar al hombre en su entorno, al ponerle a la persona sus atributos y su condición social, económica, cultural, más allá de la igualdad teórica en la que era considerado por la ley, surgió la necesidad de leyes imperativas que se inmiscuyeran dentro de los contratos para equilibrar la asimetría de poder de contratación de las partes y emerge el valor justicia.

Como paradoja de la historia argentina, la iniciación de este proceso de publicización del derecho privado no es consecuencia de las ideas socializantes importadas de la alicaída Europa que expulsó para estos lares revolucionarios anarquistas, socialistas y comunistas. Muy por el contrario, es el emergente necesario de un modelo agroexportador argentino deforme, que a la vez que convertía al país en una potencia económica mundial por el volumen de sus exportaciones granarias y cárnicas, dejó en los primeros años del Siglo XX el setenta por ciento de las tierras cultivables, base de la riqueza del país, en manos de arrendatarios en condiciones de vida infrahumanas. La ley de arrendamientos rurales del gobierno yrigoyenista es una clara intromisión del Estado en los contratos de las partes para enmendar esta injusticia. Ya el propio Julio Argentino “el Zorro” Roca como Presidente de la República había transgredido el federalismo y al mismísimo Código Civil con la Ley de Policía Sanitaria Animal N° 3959 de 1900, aún vigente, permitiendo que el Estado Nacional penetrara en los inmuebles rurales y sacrificara los semovientes enfermos de aftosa, desconociendo en la práctica el *ius utendi, fruendi y abutendi* del dueño de los animales.¹⁵ El Presidente José Cornelio Figueroa Alcorta, compañero de ruta de Roca, Pellegrini, heredero de Mitre, Avellaneda, Sarmiento, en pleno auge del liberalismo en el poder, desconoce los derechos de los particulares amparados por el código de minería en 1907 al descubrirse el petróleo en Comodoro Rivadavia, reservando para la Nación el suelo y subsuelo donde se ubicaba el yacimiento, inaugurando así el modelo argentino donde es el Estado Nacional el que explora y explota el petróleo a través de sus propias empresas¹⁶. Este inmiscuirse del Estado en los contratos limitando la autonomía de la voluntad de las partes, esta publicización del derecho privado limitando los derechos individuales liberales, cuyo fin es el bien común, también tiene su esencia en la defensa de los derechos subjetivos.

Nuestro derecho privado concebía, como copia del modelo napoleónico, la admisión solamente de la tutela en sede judicial del derecho individual, no así del interés legítimo que sólo encontraba protección en sede administrativa.

El derecho de todo habitante se reducía en un “interés simple” que sólo permitía, en materia ambiental, hacer denuncias administrativas pero no exigir nada, ni siquiera la cesación de la irregularidad denunciada, ni recurrir en sede administrativa o accionar judicialmente.

¹⁵ Ver Bellorio Clabot, Dino; Cavalli Luis. “Derecho Agrario Ambiental”. Editorial Ad Hoc. 2010.

¹⁶ Véase la evolución jurídica del régimen de los hidrocarburos en Pigretti, Eduardo; Bellorio Clabot, Dino y Cavalli, Luis “Ambiente Petróleo y Gas”. Editorial Lajouane. 2011.

Con el correr del tiempo, la evolución del derecho ambiental internacional y su recepción en el argentino, una mayor conciencia ambiental y la consecuente mayor exigencia social de una protección que el derecho vigente no contenía, hizo que se abriera paso el concepto de “interés difuso”. Lo cual no significó que en la práctica concreta prosperara y que este derecho fuera más bien un “interés confuso”. Este “interés difuso” era más amplio que el interés legítimo pero sin llegar a la amplitud del interés simple pero que habilitaba la acción judicial correctora de la ilegitimidad.

El gran cambio se produce con la Reforma Constitucional de 1994 que incorpora nuevos derechos y garantías, entre ellos la protección del ambiente y de los recursos naturales.

Un acuerdo de terminología

La constitución protege al *habitante* de la Nación en el artículo 41 cuando protege al ambiente y los recursos naturales. No son estos un fin en sí mismo sino en cuanto sirven al desarrollo de las personas. Lo mismo respecto del usuario y el consumidor, lo que se protege es a la persona que se pone el traje que lo coloca de un lado de la relación de consumo.

Toda la discusión sobre la terminología respecto a los derechos que analizamos quedó resuelta al darse rango constitucional a la protección ambiental, del usuario, consumidor y competencia por vía expedita de amparo, eligiéndose la fórmula “derechos de incidencia colectiva”. Que se definirán los términos fue más bien un avance en univocar el léxico, por así decir, porque esta inclusión constitucional no significó un cambio inmediato en la realidad a la que habría de aplicarse. Ya sabemos que se necesitaron ocho años para que se sancionaran las primeras leyes de presupuestos mínimos de protección ambiental, en el año 2002. Como una prueba de la inercia de una cultura judicial conservatista, algunos autores y fallos mantuvieron posiciones restrictivas de una tutela judicial amplia y efectiva, incluso luego de la reforma constitucional, como si ella no hubiera existido, y no hubiera tratados internacionales que cumplir¹⁷. El fallo de la Corte en Autos: "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo), viene a mitigar la renuencia judicial de aplicar las normas de protección ambiental y poner en acto el mandato constitucional al darle curso a un caso de amparo por lesión a derechos de incidencia colectiva.

Los derechos de incidencia colectiva en la Constitución Nacional

Los derechos de incidencia colectiva, cuya terminología es relativamente reciente si nos atenemos al análisis genético de nuestro derecho, fueron incorporados en el artículo 43 de la Constitución Nacional en el año 1994.

Dice el artículo reformado: *“Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización”*.

¹⁷ Gordillo, Agustín. Tratado de derecho Administrativo. Derechos de Incidencia Colectiva. Tomo II Capítulo.2

En concepto de incidencia colectiva no tiene una definición clara y no la tuvo en el debate entre los convencionales constituyentes. Del análisis de la discusión no sale definición alguna, ya que el grueso del enfoque está en las materias en particular que tutela el amparo, al cual se le agrega “así como a los derechos de incidencia colectiva en general”

El Miembro informante del Dictamen de Mayoría del 11 de agosto de 1994, de la Comisión de Nuevos Derechos y Garantías, dice textualmente: “al tratar el tema de la materia a la que se refiere el amparo, se hace referencia a las cuestiones relativas a la discriminación, al ambiente, a la competencia, al usuario, al consumidor y a los derechos que tienen incidencia colectiva”¹⁸.

“En cuanto a los sujetos, se hace mención al Defensor del Pueblo, institución que hemos constitucionalizado en esta reforma, que cede la posibilidad de deducir la tutela - cumpliendo con las reglamentaciones establecidas en la ley- a las asociaciones que se dediquen a la defensa de los derechos a los cuales hicimos referencia. Además, se nombra a las asociaciones que propendan a proteger el ambiente, la competencia, al usuario, al consumidor y a los derechos de incidencia colectiva en general, que estén regidas conforme a la ley y que cumplan los requisitos determinados”.

Luego de enumerar las materias que protege el amparo, el miembro informante agrega sucintamente: “Igualmente hemos contemplado los derechos de incidencia colectiva, con una proyección de futuro que proviene de los conflictos que pueden generar la previsible aceleración del avance tecnológico y de las relaciones que de ello se originen”.

De lo dicho podemos colegir que el amparo protege a las siguientes materias, que vendrían a ser la especie: el ambiente, la no discriminación, la competencia, al usuario, al consumidor. Y como género, ya sin mucha definición conceptual ni ejemplificación práctica, los derechos de incidencia colectiva, que abarca a los antes mencionados. La técnica legislativa sería defectuosa si se pone en el mismo artículo el género y se agrega la totalidad de las especies que abarca, con lo cual sería una repetición inútil. Pero el convencional informante nos dice que lo agregan porque en el futuro pueden aparecer otros derechos que tengan incidencia colectiva producto del avance tecnológico que no sean alcanzados por la enumeración de materias realizada en el párrafo.

Las supresiones del Poder Ejecutivo Nacional

El Anteproyecto fue modificado por el Poder Ejecutivo Nacional antes de enviarlo al Senado, excluyendo el tratamiento en el Código Nuevo los derechos de incidencia colectiva vinculados con la protección del ambiente.

Las modificaciones fueron las siguientes:

Así estaba redactado en el Anteproyecto:

1.-1.- Derechos individuales y de incidencia colectiva.

El Título Preliminar del anteproyecto elaborado por la Comisión tenía el siguiente artículo:

ARTÍCULO 14.-. En este Código se reconocen:

a) derechos individuales;

¹⁸ Asamblea Constituyente. Orden del día N° 9. 11 de Agosto de 1994. Convencional Díaz.

b) derechos individuales, que pueden ser ejercidos mediante una acción colectiva, si existe una pluralidad de afectados individuales, con daños comunes pero divisibles o diferenciados, generados por una causa común, según lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1;
c) derechos de incidencia colectiva, que son indivisibles y de uso común. El afectado, el Defensor del Pueblo, las asociaciones registradas y otros sujetos que dispongan leyes especiales, tienen legitimación para el ejercicio de derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general.

La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar gravemente al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general.

Así quedó redactado en el Proyecto luego de su modificación:

Este artículo fue sustituido por el Poder Ejecutivo Nacional por el siguiente:

1.-2.- Derechos individuales y de incidencia colectiva.

ARTÍCULO 14.- *En este Código se reconocen:*

a) derechos individuales;

b) derechos de incidencia colectiva.

La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar gravemente al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general.

Nota: Este artículo, de considerarse aislado, podría hacer suponer que al suprimir el inciso b y c y reemplazarlos por uno que hace referencia general los derechos de incidencia colectiva, elimina detalles y se hace más amplio y abarcativo de todos los derechos de incidencia colectiva que enumera la Constitución Nacional. Sin embargo un análisis integral y sistémico del Proyecto nos muestra que en realidad se ha eliminado el tratamiento de los derechos de incidencia colectiva vinculados con la protección ambiental. Tanto en cuando se hace referencia a los límites en el ejercicio de derechos individuales sobre los bienes, como en cuanto a la responsabilidad civil por daño. Se ha eliminado lo que habría sido un enorme progreso en materia de derechos humanos fundamentales, como lo es el acceso al agua potable y se ha querido dejar la protección del ambiente sano y equilibrado para los argentinos en leyes aisladas, llamadas especiales.

La referencia a que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar gravemente al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en General, es una redundancia, una reiteración vana del principio ya establecido en general en el artículo 10 del Proyecto, no suma nada pero le quita al proyecto el carácter de unidad, integralidad y sistematicidad que debe tener un código.

2.1.- Límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes.

Así estaba redactado en el Anteproyecto:

El Anteproyecto elaborado por la Comisión tenía los siguientes artículos:

ARTICULO 240.-

El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las secciones anteriores debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva en los términos del artículo 14. No debe afectar gravemente el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial. Los sujetos mencionados en el artículo 14 tienen derecho a que se les suministre información necesaria y a participar en las discusiones sobre decisiones relevantes conforme con lo dispuesto en la legislación especial.

Cualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos, debe respetarse la normativa sobre presupuestos mínimos que resulte aplicable.

ARTÍCULO 241.- Derecho fundamental de acceso al agua potable. *Todos los habitantes tienen garantizado el acceso al agua potable para fines vitales.*

Así quedó redactado en el Proyecto luego de su modificación:

Estos artículos fueron sustituidos por el Poder Ejecutivo Nacional por los siguientes:

2.2.-Límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes

ARTICULO 240.- Límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes. *El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones anteriores debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva. Debe conformarse a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial.*

ARTICULO 241. Jurisdicción. *Cualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos, debe respetarse la normativa sobre presupuestos mínimos que resulte aplicable.*

Nota: Se elimina el original artículo 241 referido al derecho al agua potable para fines vitales.

La remisión al derecho administrativo es explícita en el nuevo artículo 240. La remisión a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público no es acertada, ya que las normas que contienen los derechos de incidencia colectiva vinculadas con la protección ambiental no son totalmente de derecho administrativo. La misma Ley General del Ambiente contiene un capítulo que establece las normas que rigen los hechos o actos jurídicos, lícitos o ilícitos que, por acción u omisión, causen daño ambiental de incidencia colectiva. El sistema de responsabilidad allí establecido no se corresponde con el derecho administrativo: la LGA enumera los legitimados para demandar, faculta a recurrir al poder judicial bajo las normas procesales civiles, que son de derecho privado, o penales, y explícitamente las diferencia de las administrativas. No se sigue, por lo tanto los procedimientos de la administración pública ni los legitimados están obligados a agotar la instancia administrativa.

Esta concepción de englobar el derecho ambiental en el marco del derecho administrativo es una recidiva de la concepción que concibe que las medidas de protección ambiental, tanto estatales como privadas, son un obstáculo a la producción económica. Asimismo al establecer la Constitución Nacional una obligación de hacer concreta al Estado Nacional y a los locales torna vulnerable al mismo Estado y a sus funcionarios frente a las posibles demandas de los particulares y de las organizaciones no gubernamentales ambientalistas. Encuadrando los derechos de incidencia colectiva en el marco del derecho administrativo se establece una relación de subordinación del individuo frente al Estado, donde se ve claramente la desigualdad de las partes en la relación jurídica. El Estado actúa como poder público, donde sobresalen los rasgos de autoridad, soberanía, dominio eminente, restricciones presupuestarias, poder de policía, todos rémoras del Estado absoluto que el constitucionalismo viene a frenar a partir del Siglo XIX, pero que aflora cada tanto en diversas épocas en la Argentina.

En cuanto al mandato de que cualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos, debe respetarse la normativa sobre presupuestos mínimos que resulte aplicable, del nuevo artículo 241 es una orden inútil, ya que todas las leyes deben cumplirse. Como técnica legislativa debería aclararse de qué presupuestos mínimos se trata y por otro lado, si se hace referencia al sistema de estándares mínimos del artículo 41 de la Constitución Nacional deberían mandarse cumplir también la normativa local que complementan a los presupuestos mínimos.

La eliminación de la garantía al acceso al agua potable para fines vitales es la supresión de un derecho humano fundamental, en un código que ordena la vida de los argentinos. Una oportunidad perdida.

3.- Supresión de la sección *De los daños a los derechos de incidencia colectiva*

El Poder Ejecutivo suprimió entera la sección 5 donde se trataba los daños a los derechos de incidencia colectiva.

Así estaba redactado el Anteproyecto

ARTÍCULO 1745.- Daño a los derechos de incidencia colectiva. *Cuando existe lesión a un derecho de incidencia colectiva y la pretensión recae sobre el aspecto colectivo, corresponde prioritariamente la reposición al estado anterior al hecho generador. Si ello es total o parcialmente imposible, o resulta insuficiente, procede una indemnización. Si ella se fija en dinero, tiene el destino que le asigna el juez por resolución fundada.*

Están legitimados para accionar:

- a) el afectado individual o agrupado que demuestra un interés relevante;*
- b) el Defensor del Pueblo de la Nación, de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, según corresponda;*
- c) las organizaciones no gubernamentales de defensa de intereses colectivos, en los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional;*
- d) el Estado nacional, los Estados provinciales, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y los Estados municipales;*
- e) el Ministerio Público Fiscal y de la Defensa.*

ARTÍCULO 1746.- Daño a derechos individuales homogéneos. *Hay daños a derechos individuales homogéneos cuando media una pluralidad de damnificados individuales con daños comunes pero divisibles o diferenciados, generados en forma indirecta por la lesión a un derecho colectivo o provenientes de una causa común, fáctica o jurídica. Pueden demandar la reparación de esta clase de daños:*

- a) el afectado individual o agrupado que demuestre un interés propio;*
- b) el Defensor del Pueblo de la Nación, de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, según corresponda;*
- c) las organizaciones no gubernamentales de defensa de intereses colectivos, en los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional.*

ARTÍCULO 1747.- Presupuestos de admisibilidad. *Para el reconocimiento de la legitimación en los procesos en los que se reclama el resarcimiento de daños a derechos de incidencia colectiva o individuales homogéneos, se debe exigir que el legitimado cuente con aptitudes suficientes para garantizar una adecuada defensa de los intereses colectivos. Entre otros requisitos, el juez debe tener en cuenta:*

a) la experiencia, antecedentes y solvencia económica del legitimado para la protección de este tipo de intereses;

b) la coincidencia entre los intereses de los miembros del grupo, categoría o clase y el objeto de la demanda.

Para la admisibilidad de los procesos en los que se reclama la reparación de daños a derechos individuales homogéneos es requisito necesario que el enjuiciamiento concentrado del conflicto constituya una vía más eficiente y funcional que el trámite individual, para lo cual el juez debe tener en consideración aspectos tales como el predominio de las cuestiones comunes sobre las particulares o la imposibilidad o grave dificultad de constituir un litisconsorcio entre los afectados.

ARTÍCULO 1748.- Alcances de la sentencia. Cosa juzgada. *En los procesos colectivos referidos a derechos individuales homogéneos, la sentencia hace cosa juzgada y tiene efecto erga omnes, excepto que la acción sea rechazada. Este efecto no alcanza a las acciones individuales fundadas en la misma causa. Si la pretensión colectiva es acogida, los damnificados pueden solicitar la liquidación y la ejecución de la sentencia a título personal ante el juez de su domicilio. La sentencia que rechaza la acción colectiva no impide la posibilidad de promover o continuar las acciones individuales por los perjuicios ocasionados a cada damnificado.*

Nota: Esta sección fue suprimida en su totalidad, sin ninguna explicación ni fundamentación.

Conclusiones

Hay que recalcar las afinidades de nuestro derecho, no sus feudos.

- 1.- No se corresponde con la importancia código sancionado con el apurado cambio de último momento. No es propio de una obra que va a permanecer por mucho tiempo que se note la desprolijidad de las supresiones y modificaciones.
- 2.- La desresponsabilidad de los funcionarios del Estado responde a una necesidad política coyuntural que desdibuja la seriedad del Proyecto de Código.
- 3.- Con la supresión de la responsabilidad por daños a los derechos de incidencia colectiva vinculados con el ambiente el código deja de ser un sistema jurídico lógico donde toda situación de responsabilidad civil, incluidas las derivadas de daños a los derechos de incidencia colectiva vinculados con el ambiente, se resuelve dentro del mismo sistema.
- 4.- La amputación realizada por el PEN le quitó así al código unidad, coherencia y sistematización, que es el objetivo central de la codificación. Tema no menor, ya que desvirtuada su esencia, deja la norma de ser código y la consecuencia inmediata es que la materia al no encontrarse tratada según el Artículo 75 inc 12 de la Constitución Nacional, deberían encontrarse bajo la órbita competencial de las provincias.
- 5.- La exclusión de la responsabilidad por daños a los derechos de incidencia colectiva vinculada a la protección ambiental en el Código Civil, deja al derecho ambiental en un ámbito difuso que deviene de la existencias de normas dispersas, de “leyes espaciales” de baja aplicabilidad, con la existencia de normas de jerarquía inferior a las leyes que no tienen sustento en ellas.

6.- La exclusión de la responsabilidad por daños a los derechos de incidencia colectiva vinculada a la protección ambiental en el Código Civil dificulta el adecuado conocimiento del ordenamiento legal ambiental y consecuentemente la aplicación del mismo. Este conocimiento debe estar al alcance de la sociedad en su conjunto, ya que solo el conocimiento de las normas permite al pueblo ejercer sus derechos. La incorporación de los derechos de incidencia colectiva en el Proyecto resultaba un gran avance, ya que el feudalismo jurídico imperante durante las últimas dos décadas, hizo que el derecho ambiental tuviera poca aplicabilidad. Hay un abismo aún entre el derecho formulado y el derecho real, según la acertada diferenciación que hace Ihering.¹⁹ Los ciudadanos no conocen sus derechos y obligaciones de protección ambiental por falta de información, por la incipiente educación y la tergiversación de los interesados en que no prospere ni se consolide.

7.- Se pierde una oportunidad. El nuevo Código Civil viene a romper con el trabajo rutinario y mecánico de jueces y abogados. Apenas aprobado el nuevo Código hay que dedicarse a estudiar lo novedoso y aplicar la ley en consecuencia. El paso de incorporar al Código Civil los derechos de incidencia colectiva vinculados con la protección ambiental hubiera significado que los jueces y los abogados, al conocer el código que usan habitualmente, puedan aplicarlo sistemáticamente, favoreciendo un orden social justo, impidiendo las desviaciones en una rama del derecho, el derecho ambiental, que tiene fuerte impacto social y económico.

8.- La exclusión de la responsabilidad por daños a los derechos de incidencia colectiva vinculada a la protección ambiental en el Código Civil dificulta definitivamente la unidad nacional, profundizando las asimetrías de legislación entre provincias, en materias donde no puede haber diferencias y de hecho las hay en materia de responsabilidad por daño ambiental. Este punto es esencial en materia ambiental, donde la modificación del artículo 124 de la Constitución otorgando el dominio originario a las provincias de los recursos naturales que se encuentran en su territorio ha generado una pluralidad y multiplicidad de respuestas jurídicas locales a la problemática ambiental compleja y poco protectora, toda vez que en muchos casos se confunde el crecimiento económico con el desarrollo sustentable y se privilegia el interés productivo depredador de los recursos naturales, sin una protección real del ambiente.

9.- La inclusión del sistema de responsabilidad por daño a los derechos de incidencia colectiva vinculados con la protección del ambiente en el Código Civil hubiera permitido su cumplimiento igualitario y hubiera logrado que los jueces puedan ejercer su función adecuadamente sin balancear la justicia hacia los sectores del privilegio y el poder, frenando la arbitrariedad del Poder Administrador, incorporando así al derecho vivo, surgido de la propia realidad argentina, aquel derecho real que anhela la sociedad argentina.

Comentario epilodal

Las leyes, como los ríos, se acomodan en su curso al modo de ser del suelo en que hacen su camino. Una vez formado su lecho lo conservan aunque la geometría les demuestre

¹⁹ Von Ihering Rudolf. "El espíritu del derecho romano". Revista de Occidente. 1947.

que el camino recto es el más corto, afirmaba Alberdi²⁰. Hay un camino iniciado de responsabilidad por daño al ambiente y los recursos naturales, que aunque posea rasgos de especificidad, se encuadra en los principios generales de la responsabilidad civil. La sensibilidad por la justicia y la conciencia ambiental adquirida por la sociedad nacional anhela, pide, reclama, que frente al daño causado al ambiente responda quién lo causó. Más corto es el camino de aislar al derecho ambiental, pero la fuerza del río humano lleva a que necesariamente se unifique en uno el sistema de responsabilidad. Y ahí está incluida la responsabilidad derivada de daño a los derechos de incidencia colectiva vinculados con el ambiente.

²⁰ Alberdi, J.B. "Bases y Puntos de Partida para la organización política de la república Argentina" Pág 106 Talleres Gráficos Argentinos. Edición prologada por Francisco Cruz. 1933

Derecho de Familia

El Derecho Alimentario en el Código Civil y Comercial de la Nación

Por Leandro Merlo¹

1. INTRODUCCION. 2. MARCO LEGAL VIGENTE HASTA EL 31 DE DICIEMBRE DE 2015: EL CÓDIGO CIVIL. 2.1. Alimentos entre cónyuges. 2.2. Alimentos entre parientes. 2.3. Alimentos a favor de los hijos. 3. MARCO LEGAL DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL QUE REGIRÁ A PARTIR DEL 1° DE ENERO DE 2016: EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. 3.1. Normas generales. a) Caracteres de los alimentos. b) Contenido de la obligación alimentaria. c) Modo de cumplimiento. d) Cuestiones procesales. e) Cese de la obligación alimentaria. 3.2. Alimentos entre convivientes. 3.3. Alimentos entre cónyuges. a) Durante la convivencia y la separación de hecho. b) Alimentos posteriores al divorcio. b.1. Cónyuge que padece una enfermedad grave preexistente al divorcio que le impide autosustentarse. b.2. Cónyuge que no tiene recursos propios suficientes ni posibilidad razonable de procurárselos. c) Cuestiones de competencia. d) Alimentos provisorios. 3.4. Alimentos entre parientes. a) Obligados y orden de prelación. b) Parientes por afinidad. e) Prueba. f) Existencia de otros obligados. 3.5. Alimentos para los hijos. a) Alcance de la obligación. b) Contenido. c) Legitimación. d) Alimentos para los hijos mayores de edad. e) Alimentos para los hijos adoptados. f) Alimentos para los hijos mayores de edad que continúan estudios o se preparan profesionalmente. g) Alimentos para el hijo del cónyuge o conviviente. h) Hijo no reconocido. i) Mujer embarazada. j) Cuidado personal compartido. k) Hijo fuera del país o alejado de sus progenitores. l) Medidas ante el incumplimiento m) Privación y suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental. n) Competencia en los procesos relativos a los derechos de niños, niñas y adolescentes. 4. LOS ALIMENTOS EN OTRAS DISPOSICIONES DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN. 4.1. Tutela. 4.2. Protección de la vivienda. 4.3. Régimen patrimonial. 4.4. Bienes excluidos de la garantía común de los acreedores. 4.5. Obligación del donatario. 4.6. Indemnización por fallecimiento. 4.7. Indemnización por lesiones o incapacidad física o psíquica. 4.8. Causa de indignidad. 4.9. Beneficios excluidos de la colación. 4.10. Legado de alimentos. 4.11. Prescripción. 5. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCION

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante C.C.C.N.) aprobado por ley 26.994 y promulgado mediante el dictado del Decreto 1795/2014 del 7 de Octubre de 2014 entrará en vigencia el 1° de Enero de 2016.²

Dicho cuerpo legal trae grandes cambios en los paradigmas e institutos relativos al derecho de familia, rama del derecho civil que más debates y críticas ha recibido por parte de la doctrina por lo sensible de sus contenidos.³

¹ Abogado, Especialista en Derecho de Familia, Docente de grado y posgrado, Miembro del Instituto de Derecho de Familia del C.P.A.C.F. y del Seminario sobre Investigación del Derecho de la Persona Humana, Familia y Sucesiones del Instituto Gioja, de la Facultad de Derecho de la U.B.A.

² Aunque al momento de redacción del presente se ha obtenido media sanción a un proyecto de ley para adelantar su entrada en vigencia para Agosto de 2015. Compulsar <http://www.parlamentario.com/noticia-78376.html>

³ Hemos dado una visión general de la reforma al derecho de familia en: MERLO, Leandro M. *La reforma al derecho de familia en el anteproyecto de unificación de los códigos Civil y Comercial*, MJ-DOC-5879-AR, MJD5879, 18-jul-2012 y

En el presente trabajo nos limitaremos a efectuar un análisis exegético del derecho alimentario en el C.C.C.N., casi enunciativo, sin perjuicio de plantear algunos interrogantes u observaciones, que serán objeto de un más profundo estudio y desarrollo en otra oportunidad.

2. MARCO LEGAL VIGENTE HASTA EL 31 DE DICIEMBRE DE 2015: EL CÓDIGO CIVIL

Hasta la entrada en vigencia del C.C.C.N. continuará rigiendo el Código Civil por lo que consideramos adecuado efectuar una breve referencia al marco legal aún vigente en materia alimentaria, también a efectos de poder comparar ambos sistemas.

2.1. Alimentos entre cónyuges

Existe obligación alimentaria entre cónyuges durante toda la vigencia del matrimonio. Así lo establece el Art. 198 del Código Civil al enunciar que "Los esposos se deben mutuamente fidelidad, asistencia y alimentos."

También existe obligación alimentaria entre cónyuges en el marco del juicio de separación personal o divorcio vincular y aún luego de disuelto el vínculo matrimonial. Así lo regula el Art. 207 del Código Civil al establecer los comúnmente llamados "alimentos amplios" que deberá el cónyuge culpable al inocente, para mantener el "nivel de vida" del cual gozó el último durante el matrimonio, en contraposición al Art. 209 del Código Civil que regula los alimentos de "toda necesidad" que puede solicitar cualquiera de los cónyuges, sea o no declarado culpable en la sentencia de separación personal o divorcio vincular.

Por su parte, el Art. 208 del Código Civil contempla los efectos de la separación personal por la causal del Art. 203 del Código Civil, estableciendo los alimentos debidos para el "cónyuge enfermo".

Finalmente los cónyuges pueden celebrar convenios de alimentos en el marco de la demanda de separación personal o divorcio vincular conforme lo autoriza el Art. 236 C.Civ.

2.2. Alimentos entre parientes

Entre parientes la obligación alimentaria está contemplada en los Arts. 367 a 376 del Código Civil, indicándose en los mismos los órdenes de obligados y el alcance de aquélla. Esta obligación tiene un alcance y contenido acotado, limitado o de subsistencia.

2.3. Alimentos a favor de los hijos

Respecto los hijos menores de edad sujetos a la patria potestad rigen los Arts. 265, 267, 271 y concs. del Código Civil., según los cuales los padres están obligados respecto aquéllos en un carácter amplio, y de acuerdo a su condición y fortuna deben proveerles todo lo necesario para su alimentación, educación, habitación, esparcimientos, etc.

La Ley 26.579 incorporó en el Art. 265, 2º párrafo, la obligación alimentaria en favor de los hijos mayores de edad y menores de 21 años, cuestión que divide a la doctrina en cuanto al alcance y aplicación práctica de la misma.

3. MARCO LEGAL DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL QUE REGIRÁ A PARTIR DEL 1° DE ENERO DE 2016: EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

El nuevo C.C.C.N. recoge muchos de los aspectos regulados por varios proyectos de reforma que no fueron sancionados como ley, como ser el proyecto de 1993, y el proyecto de 1998.⁴

Analizaremos en primer término normas generales comunes a todas las categorías de la obligaciones alimentarias, luego cada categoría en particular y finalmente otras disposiciones referidas a los alimentos.

3.1. Normas generales

a) Caracteres de los alimentos

La obligación de prestar alimentos no puede ser compensada, ni el derecho a reclamarlos o percibirlos, ser objeto de transacción, renuncia, cesión, gravamen o embargo alguno. No es repetible lo pagado en concepto de alimentos. (Art. 539)

Por su parte, el Art. 930 ratifica que dentro de las obligaciones no compensables se encuentran las deudas por alimentos.

Los caracteres antes enunciados encuentran su excepción en los alimentos devengados y no percibidos que pueden compensarse, renunciarse o transmitirse a título oneroso o gratuito. (Art. 540).

En caso de haber más de un obligado al pago de los alimentos, quien los haya prestado puede repetir de los otros obligados, en proporción a lo que a cada uno le corresponde. (Art. 549)

Como se observa, se mantiene la distinción entre el derecho alimentario propiamente dicho, con caracteres que lo salvaguardan y hacen indisponible y las cuotas devengadas y no percibidas respecto las cuales puede realizarse cualquier acto jurídico de administración o disposición.

b) Contenido de la obligación alimentaria

La prestación de alimentos comprende lo necesario para la subsistencia, habitación, vestuario y asistencia médica, correspondientes a la condición del que la recibe, en la medida de sus necesidades y de las posibilidades económicas del alimentante. Si el alimentado es una persona menor de edad, comprende, además, lo necesario para la educación. (Art. 541).

Dicha norma consagra el contenido asistencial, integral y solidario de la obligación alimentaria.

c) Modo de cumplimiento

⁴ Hemos efectuado un extenso análisis de los antecedentes del que fuera el proyecto de reforma y ahora ley vigente en MERLO, Leandro Martín *El derecho alimentario en el Proyecto*, DFyP 2012 (julio), 01/07/2012, 189.

En cuanto al modo y oportunidad del cumplimiento, la prestación se cumple mediante el pago de una renta en dinero, pero el obligado puede solicitar que se lo autorice a solventarla de otra manera, si justifica motivos suficientes. Los pagos se deben efectuar en forma mensual, anticipada y sucesiva pero, según las circunstancias, el juez puede fijar cuotas por períodos más cortos. (Art. 542)

d) Cuestiones procesales

En cuanto al tipo de proceso, la petición de alimentos tramita por el proceso más breve que establezca la ley local, y no se acumula a otra pretensión. (Art. 543)

Desde el principio de la causa o en el transcurso de ella, el juez puede decretar la prestación de alimentos provisionales, y también las expensas del pleito, si se justifica la falta de medios. (Art. 544)

El recurso contra la sentencia que decreta la prestación de alimentos no tiene efecto suspensivo, ni el que recibe los alimentos puede ser obligado a prestar fianza o caución alguna de devolver lo recibido si la sentencia es revocada. (Art. 547)

Se determina respecto la retroactividad de la sentencia que los alimentos se deben desde el día de la interposición de la demanda o desde la interpelación al obligado por medio fehaciente, siempre que la demanda se presente dentro de los seis meses de la interpelación. (Art. 548)

Ratifica lo expuesto el Art. 669 que respecto los alimentos impagos establece que se deben desde el día de la demanda o desde el día de la interpelación del obligado por medio fehaciente, siempre que se interponga la demanda dentro de los seis meses de la interpelación. Por el período anterior, el progenitor que asumió el cuidado del hijo tiene derecho al reembolso de lo gastado en la parte que corresponde al progenitor no conviviente.

Puede disponerse la traba de medidas cautelares para asegurar el pago de alimentos futuros, provisionales, definitivos o convenidos y en tales circunstancias, el obligado puede ofrecer en sustitución otras garantías suficientes. (Art. 550)

A fin de asegurar el cumplimiento de las obligaciones alimentarias, el nuevo Código establece una serie de consecuencias gravosas tanto para el obligado principal como para terceros obligados a dar cumplimiento con órdenes judiciales.

En tal sentido, se fijan los más altos intereses para el caso de deudas alimentarias. En caso de existir sumas adeudadas y exigibles por alimentos, éstas devengan una tasa de interés equivalente a la más alta que cobran los bancos a sus clientes, según las reglamentaciones del Banco Central, a la que se adiciona la que el juez fije según las circunstancias del caso. (Art. 552)

Además, el juez puede imponer al responsable del incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria medidas razonables para asegurar la eficacia de la sentencia. (Art. 553).

En esta línea de consecuencias gravosas frente a la omisión de pago de la cuota, se establece que los empleadores que no den cumplimiento a embargos o retenciones directas de cuotas alimentarias serán solidariamente responsables del pago de aquélla. (Art. 551)

Resulta novedosa la incorporación del reclamo conjunto a los ascendientes del progenitor obligado, generalmente, los abuelos del alimentado. En tal sentido, los alimentos a los

ascendientes pueden ser reclamados en el mismo proceso en que se demanda a los progenitores o en proceso diverso. Además de lo previsto en el título del parentesco, debe acreditarse verosímelmente las dificultades del actor para percibir los alimentos del progenitor obligado. (Art. 668)

La incorporación expresa de la posibilidad de reclamo conjunto contra los abuelos tiene como antecedente numerosos antecedentes jurisprudenciales en los cuales se solían flexibilizar los requisitos de fondo y procesales en virtud del interés superior del menor acreedor de dicha obligación. Coinciden en esta particular situación de demanda conjunta, tres intereses distintos para la fijación de la cuota: los del principal obligado, los del progenitor reclamante en representación de su hijo menor, y los de los abuelos de éste.⁵

En los antecedentes compulsados se han considerado tres aspectos: el primero: la imposibilidad o dificultad en el cumplimiento de la cuota alimentaria por parte del obligado principal. De tal modo, la insolvencia de éste o sus incumplimientos parciales o totales, son tenidos en cuenta para condenar al pago de la cuota a los abuelos; en segundo lugar, no es obstáculo para el reclamo que el progenitor accionante posea algunos bienes o ingresos suficientes para asistir a su hijo, ya que la obligación alimentaria en favor de los hijos es a cargo de ambos progenitores, y ante imposibilidad de afrontarla por parte de uno de ellos, surge la obligación de los abuelos; y tercero, admitida la procedencia de la fijación de la cuota a cargo de los abuelos, su alcance dependerá de cada caso particular, oscilando desde el carácter solidario y concurrente hasta el subsidiario, o desde una cuota amplia o reducida a satisfacer las necesidades básicas de los menores.

Queda claro entonces que la interpretación efectuada por la jurisprudencia de la obligación alimentaria de los abuelos a favor de sus nietos menores de edad no es rígida, y en virtud de principios rectores como el interés superior del menor y la solidaridad familiar resulta viable la flexibilización de ciertos requisitos formales a fin que un reclamo apegado a ritualismos inconstitucionales tornen ilusoria la satisfacción de las necesidades de los menores beneficiarios de la cuota alimentaria.

En cuanto a la jurisdicción correspondiente para iniciar las acciones judiciales, se observa un criterio ampliamente favorable para el alimentado.

En tal sentido, las acciones sobre la prestación alimentaria deben interponerse, a elección de quien la requiera, ante los jueces de su domicilio, de su residencia habitual, o ante los del domicilio o residencia habitual del demandado. Además, si fuese razonable según las circunstancias del caso, pueden interponerse ante los jueces del lugar donde el demandado tenga bienes. Las acciones de alimentos entre cónyuges o convivientes deben deducirse ante el juez del último domicilio conyugal o convivencial, ante el domicilio o residencia habitual del demandado, o ante el juez que haya entendido en la disolución del vínculo. Si se hubiere celebrado un convenio, a opción del actor, las acciones pueden también interponerse ante el juez del lugar de cumplimiento de la obligación o el del lugar de la celebración de dicho convenio si coincide con la residencia del demandado. (Art. 2629)

En relación al derecho aplicable, también rige una regla más favorable para el alimentado.

⁵ MERLO, Leandro, La obligación alimentaria de los abuelos respecto sus nietos ante la imposibilidad de pago de uno de los progenitores. Comentario al fallo "R., S. M. c/F., M. A. y Otro s/Alimentos", Revista de Derecho de Familia y Sucesiones, IJ-LXIX-658, 28-10-2013

Así, el derecho a alimentos se rige por el derecho del domicilio del acreedor o del deudor alimentario, el que a juicio de la autoridad competente resulte más favorable al interés del acreedor alimentario. Los acuerdos alimentarios se rigen, a elección de las partes, por el derecho del domicilio o de la residencia habitual de cualquiera de ellas al tiempo de la celebración del acuerdo. En su defecto, se aplica la ley que rige el derecho a alimentos. El derecho a alimentos entre cónyuges o convivientes se rige por el derecho del último domicilio conyugal, de la última convivencia efectiva o del país cuyo derecho es aplicable a la disolución o nulidad del vínculo. (Art. 2630).

e) Cese de la obligación alimentaria

El Art. 554 establece los supuestos en que cesa la obligación alimentaria: si el alimentado incurre en alguna causal de indignidad; por la muerte del obligado o del alimentado o cuando desaparecen los presupuestos de la obligación.

La pretensión de cese, aumento o reducción de los alimentos tramita por el procedimiento más breve que prevea la ley local.

3.2. Alimentos entre convivientes

Los convivientes se deben mutuamente asistencia y deben contribuir a los gastos del hogar. (Arts. 519 y 520).

Este derecho-deber, ya que una de las características del derecho alimentario es su reciprocidad, es una de las incorporaciones al estatus jurídico de los convivientes del que carecían con anterioridad al nuevo ordenamiento.

En las acciones por alimentos entre convivientes es competente el juez del último domicilio convivencial, o el del domicilio del beneficiario, o el del demandado, o aquel donde deba ser cumplida la obligación alimentaria, a elección del actor. (Art. 719)

3.3. Alimentos entre cónyuges

a. Durante la convivencia y la separación de hecho

Los cónyuges se deben alimentos entre sí durante la convivencia y se aclara específicamente que son debidos durante la separación de hecho. (Art. 432)

Se precisa en el nuevo artículo que la separación de hecho no morigera el deber alimentario como en la actualidad muchos antecedentes jurisprudenciales lo establecen.

Para la fijación y cuantificación de la cuota alimentaria, el Art. 433 establece ciertas pautas que deben ser valoradas por el juez tanto durante la vida en común como en la separación de hecho.

Ellas son:

- a) el trabajo dentro del hogar, la dedicación a la crianza y educación de los hijos y sus edades.
- b) la edad y el estado de salud de ambos cónyuges.

- c) la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo de quien solicita alimentos.
- d) la colaboración de un cónyuge en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.
- e) la atribución judicial o fáctica de la vivienda familiar.
- f) el carácter ganancial, propio o de un tercero del inmueble sede de esa vivienda. En caso de ser arrendada, si el alquiler es abonado por uno de los cónyuges u otra persona.
- g) si los cónyuges conviven, el tiempo de la unión matrimonial.
- h) si los cónyuges están separados de hecho, el tiempo de la unión matrimonial y de la separación.
- i) la situación patrimonial de ambos cónyuges durante la convivencia y durante la separación de hecho.

El mismo artículo establece que el derecho alimentario cesa si desaparece la causa que lo motivó, el cónyuge alimentado inicia una unión convivencial, o incurre en alguna de las causales de indignidad.

b) Alimentos posteriores al divorcio

Si los cónyuges no presentaran un convenio regulador en el juicio de divorcio⁶ pactando una cuota alimentaria a favor de alguno de ellos, sólo existe obligación alimentaria entre ex cónyuges en dos supuestos, conforme lo establece el Art. 434. Este aspecto se relaciona con la eliminación de las causales de divorcio. Al no existir ya cónyuge culpable o inocente, no existe obligación alimentaria como sanción al culpable.

b.1. Cónyuge que padece una enfermedad grave preexistente al divorcio que le impide autosustentarse

Esta obligación se trasmite a los herederos del alimentante. Consideramos que dicha obligación constituye una carga del sucesorio, que debe ser soportada por los herederos antes de la partición de los bienes hereditarios, de modo similar a la obligación del Art. 208 del Código Civil, como efecto de la separación personal por la causal de "alteraciones mentales" del Art. 203 del Código Civil, con la diferencia que se habla ahora de "enfermedad grave preexistente", lo cual evidentemente excede los supuestos de enfermedad mental y con una acotación temporal respecto su duración.

b.2 Cónyuge que no tiene recursos propios suficientes ni posibilidad razonable de procurárselos

Se mantiene una norma similar a la del Art. 209 del Código Civil.

⁶ Art. 439 del C.C.C.N. "Convenio regulador. Contenido. El convenio regulador debe contener las cuestiones relativas a la atribución de la vivienda, la distribución de los bienes, y las eventuales compensaciones económicas entre los cónyuges; al ejercicio de la responsabilidad parental, en especial, la prestación alimentaria ..."

Entendemos que al igual que la norma citada, se trata de un derecho alimentario de carácter restringido o de toda necesidad, que procura satisfacer las necesidades básicas del alimentado.

La obligación no puede tener una duración superior al número de años que duró el matrimonio y no procede a favor del que reciba una prestación compensatoria como consecuencia de la disolución del vínculo.

El juez, para fijar la cuota, valorará la edad, el estado de salud de ambos cónyuges, la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo de quien solicita alimentos.

En ambos casos, (enfermedad o falta de recursos) la obligación cesa si desaparece la causa que la motivó, o si la persona beneficiada contrae matrimonio o vive en unión convivencial, o cuando el alimentado incurre en alguna de las causales de indignidad.

c) Cuestiones de competencia

En las acciones por alimentos entre cónyuges es competente el juez del último domicilio conyugal o el del domicilio del beneficiario, o el del demandado, o aquel donde deba ser cumplida la obligación alimentaria, a elección del actor. (Art. 719)

d) Alimentos provisorios

Una vez deducida la acción de nulidad o de divorcio, o antes en caso de urgencia, el juez puede tomar las medidas provisionales necesarias para regular las relaciones personales entre los cónyuges y los hijos durante el proceso. Entre ellas puede especialmente disponer un régimen de alimentos y ejercicio y cuidado de los hijos y determinar los alimentos que solicite el cónyuge (Art. 721).

3.4. Alimentos entre parientes

El alcance de la obligación alimentaria entre parientes siempre ha sido de carácter más acotado a la que tuvo y tiene la obligación de los padres respecto los hijos derivada de la patria potestad, o la que tiene la del cónyuge culpable a favor del inocente en el divorcio. Comprende esta la satisfacción de necesidades materiales básicas y algunas necesidades relativas a la vida social del alimentado (esparcimiento, recreación, etc.).

El nuevo Código otorga un alcance más amplio que la legislación anterior ya que establece en su Art. 541 que la prestación de alimentos comprende lo necesario para la subsistencia, habitación, vestuario y asistencia médica, correspondientes a la condición del que la recibe, en la medida de sus necesidades y de las posibilidades económicas del alimentante, y en el caso que el alimentado fuera una persona menor de edad, comprende también lo necesario para su educación.

a) Obligados y orden de prelación

Existe entre parientes obligación alimentaria en el siguiente orden: los ascendientes y descendientes; los hermanos bilaterales y unilaterales y los parientes por afinidad en línea recta en primer grado. Entre ellos los alimentos son debidos por los que están en mejores

condiciones para proporcionarlos. Si dos o más de ellos están en condiciones de hacerlo, están obligados por partes iguales, pero el juez puede fijar cuotas diferentes, según la cuantía de los bienes y cargas familiares de cada obligado. (Art. 537)

b) Parientes por afinidad

Entre los parientes por afinidad únicamente se deben alimentos los que están vinculados en línea recta en primer grado. (Art. 538)

Es decir: el cónyuge respecto el hijo de su cónyuge y sus suegros o el conviviente respecto el hijo de su conviviente y los progenitores de éste.

e) Prueba

El pariente que pide alimentos debe probar que le faltan los medios económicos suficientes y la imposibilidad de adquirirlos con su trabajo, cualquiera que sea la causa que haya generado tal estado. (Art. 545)

La necesidad no se presume como en el supuesto de los alimentos derivados de la patria potestad o autoridad parental, sino que se debe probar la falta de recursos o aun contando con ellos que éstos son insuficientes para satisfacer las necesidades mínimas. Pero además debe probarse la imposibilidad de adquirirlos con el trabajo.

No obstante debe tenerse presente que el nuevo ordenamiento establece específicamente el principio de carga dinámica de la prueba para los procesos de familia, que se rigen por los principios de libertad, amplitud y flexibilidad de aquélla. La carga de la prueba recae, finalmente, en quien está en mejores condiciones de probar. (Art. 710)

f) Existencia de otros obligados

Incumbe al demandado la carga de probar que existe otro pariente de grado más próximo o de igual grado en condición de prestarlos, a fin de ser desplazado o concurrir con él en la prestación. En caso de reclamarse a varios parientes, el demandado puede citar a juicio a todos o parte de los restantes, a fin de que la condena los alcance. (Art. 546).

Esta posibilidad del alimentado implica que deberá probar, en un caso la existencia de un pariente más próximo con capacidad de hacer frente a la obligación.

En caso de existir un pariente de igual grado con solvencia similar al demandado, éste podrá solicitar que concurra con él. Es lo que se conoce tradicionalmente como "incidente de contribución".

Sin embargo, si el pariente de igual grado es más solvente que el demandado, éste podrá solicitar ser excluido de la condena.

Recuérdese que el Art. 537 establece que si dos o más parientes están en condiciones de hacer frente a la obligación están obligados por partes iguales, pero el juez puede fijar cuotas diferentes, según la cuantía de los bienes y cargas familiares de cada obligado

3.5. Alimentos para los hijos

a) Alcance de la obligación

Al establecerse los deberes y derechos de los progenitores, el Art. 646 dispone que son deberes de aquéllos prestarle alimentos, amén de cuidar del mismo, convivir con él y educarlo.

Esta obligación alimentaria corresponde a ambos progenitores conforme a su condición y fortuna, aunque el cuidado personal esté a cargo de uno de ellos y se extiende hasta los veintiún años, excepto que el obligado acredite que el hijo mayor de edad cuenta con recursos suficientes para proveérselos por sí mismo.(Art. 658)

b) Contenido

La obligación de alimentos respecto los hijos es la más amplia que contempla el nuevo ordenamiento y comprende la satisfacción de las necesidades de los hijos de manutención, educación, esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia, gastos por enfermedad y los gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio. Los alimentos están constituidos por prestaciones monetarias o en especie y son proporcionales a las posibilidades económicas de los obligados y necesidades del alimentado (Art. 659).

El nuevo código incorpora un elemento que la jurisprudencia ya había tenido en cuenta al momento de fijar la cuota alimentaria, como son las tareas de cuidado personal al establecer que las tareas cotidianas que realiza el progenitor que ha asumido el cuidado personal del hijo tienen un valor económico y constituyen un aporte a su manutención. (Art. 660)

Téngase presente que el código sustituye los términos “tenencia” y “guarda” por “cuidado personal” de los hijos.

c) Legitimación

El Art. 661 establece que la legitimación para demandar al progenitor que falte a la prestación de alimentos la tiene el otro progenitor en representación del hijo; el hijo con grado de madurez suficiente con asistencia letrada y subsidiariamente, cualquiera de los parientes o el Ministerio Público.

d) Alimentos para los hijos mayores de edad

De los Arts. 658 y 662 se desprenden las siguientes pautas:

La obligación de prestar alimentos a los hijos se extiende hasta los veintiún (21) años, excepto que el obligado acredite que el hijo mayor de edad cuenta con recursos suficientes para proveérselos por sí mismo.

El progenitor que convive con el hijo mayor de edad puede solicitar la contribución del otro hasta que el hijo cumpla veintiún (21) años.

El nuevo Código incorpora la posibilidad que dicho progenitor –el conviviente- pueda iniciar el juicio alimentario o, en su caso, continuar el proceso promovido durante la minoría de edad del hijo para que el juez determine la cuota que corresponde al otro progenitor.

También se aclara que dicho progenitor es quien tiene derecho a cobrar y administrar las cuotas alimentarias devengadas, quedando librado al acuerdo entre las partes o a la

decisión del juez, la fijación de una suma que el hijo deba percibir y administrar por sí mismo, limitada a cubrir los desembolsos de su vida diaria, como esparcimiento, gastos con fines culturales o educativos, vestimenta u otros rubros que se estimen pertinentes.

Esta obligación alimentaria es de carácter amplio, ya que abarca en los deberes morales que asume toda persona cuando al convertirse en madre o padre, y que la ley no hace más que reconocerla, adaptarla a las circunstancias contemporáneas, y permitir el cobro forzado ante el incumplimiento. Todo ello con fundamento en la solidaridad que debe guiar las relaciones familiares.⁷

No obstante la expresa disposición legal, mantenemos la crítica que hemos efectuado a la ley 26.579 en cuanto al modo en que reguló el derecho alimentario de los hijos mayores de edad.⁸

En tal sentido, entendemos que no resulta adecuado ni el mantenimiento de la obligación alimentaria hasta los 21 años, siendo que la mayoría de edad se mantiene en los 18 años, ni mucho menos la libre disposición de los alimentos por parte del progenitor conviviente con el hijo mayor de edad o la limitación que a éste se impone de percibir los alimentos directamente o a fijarle un destino determinado.

Entendemos que la obligación alimentaria respecto los hijos, derivada de la autoridad parental, debería cesar con la mayoría de edad de aquéllos, salvo el particular supuesto del hijo mayor de edad que cursa estudios, el cual está contemplado en el nuevo código de modo incompleto, a tenor de lo que en tal sentido establece la legislación comparada.

Téngase en cuenta que si el hijo mayor de edad no tuviera medios para satisfacer su sustento, siempre tendrá a su alcance las normas relativas a la obligación alimentaria entre parientes, entre los cuales por supuesto están incluidos sus ascendientes, por lo cual ningún desamparo correría de extinguirse a los 18 años la obligación alimentaria de sus padres con el alcance y extensión del establecido para los alimentos derivados de la autoridad parental.⁹

e. Alimentos para los hijos adoptados

En los supuestos de adopción simple, el art. 627 inc. C, establece que el adoptado conserva el derecho a reclamar alimentos a su familia de origen cuando los adoptantes no puedan proveérselos.

Respecto la adopción plena se establece que la acción de filiación del adoptado contra sus progenitores o el reconocimiento son admisibles sólo a los efectos de posibilitar los derechos alimentarios del adoptado, sin alterar los otros efectos de la adopción (Art. 624). Estos efectos implican que el adoptado tiene en la familia adoptiva los mismos derechos y obligaciones de todo hijo. (Art. 620).

f. Alimentos para los hijos mayores de edad que continúan estudios o se preparan profesionalmente

⁷ Merlo, Leandro, *La obligación alimentaria a favor del hijo que tiene entre 18 y 21 años de edad es de carácter amplio. Comentario al fallo V., M. A. c/V., N. R. s/Alimentos*, Revista de Derecho de Familia y Sucesiones, IJ-LXVIII-107, 08-05-2013.

⁸ Millán, Fernando - Merlo, Leandro M. *Nuevo régimen de alimentos. Particularidades de la obligación alimentaria alcanzada la mayoría de edad*, MJ-DOC-4955-AR, MJD4955; 28-oct-2010

⁹ Merlo, Leandro Martín *El derecho alimentario en el Proyecto...*

El nuevo Código establece la obligación de los progenitores respecto los hijos mayores de edad hasta que éstos alcancen la edad de veinticinco (25) años, si la prosecución de estudios o preparación profesional de un arte u oficio, le impide proveerse de medios necesarios para sostenerse independientemente. Pueden ser solicitados por el hijo o por el progenitor con el cual convive. (Art. 663)

Creemos que debió fijarse como en la legislación comparada, algún requisito de mérito por parte del hijo mayor de edad, como la obtención de buenas calificaciones en el estudio elegido, buen desempeño laboral, buena conducta, etc. y por otra parte la legitimación activa debería ser exclusivamente del hijo mayor de edad.

g. Alimentos para el hijo del cónyuge o conviviente

Conforme el Art. 676, el progenitor afín está obligado respecto el hijo de su cónyuge o conviviente de manera subsidiaria. Dicha obligación cesa en los casos de disolución del vínculo conyugal o ruptura de la convivencia.

El nuevo Código define al progenitor afín como el cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente. (Art. 672)

Aún luego de la disolución del vínculo matrimonial o del cese de la convivencia, dicha obligación subsistirá con los alcances que determine el juez, si el cambio de situación puede ocasionar un "grave daño" al menor que fuera asistido económicamente durante la convivencia por el progenitor afín. El juez valorará las condiciones de fortuna del obligado, las necesidades del alimentado y el tiempo de la convivencia.

Nos merece reparos el término "grave daño" por su vaguedad y la previsible litigiosidad que esta norma acarreará ante la ruptura de muchas uniones de hecho que hasta la entrada de vigencia del nuevo código tenían el carácter de informales o inestables. Amén de ello, la prueba del "grave daño" sin dudas desnaturalizará y dilatará el proceso de alimentos.

h. Hijo no reconocido

El hijo extramatrimonial no reconocido tiene derecho a alimentos provisionales con la sola acreditación sumaria del vínculo invocado. Se establece que si la demanda se promueve antes que el juicio de filiación el juez deberá establecer un plazo para promover dicha acción, bajo apercibimiento de cesar la cuota fijada mientras esa carga esté incumplida. (Art. 664)

Esto es ratificado al regularse las acciones de filiación, ya que se establece que durante el proceso de reclamación de la filiación o incluso antes de su inicio, el juez puede fijar alimentos provisionales contra el presunto progenitor (Art. 586)

Entendemos que en este supuesto hubiera sido preferible la fijación de un plazo cierto para iniciar el juicio de filiación. Por otra parte, la "acreditación sumaria" del vínculo es un presupuesto bastante amplio para la determinación de la cuota, y el artículo nada dice respecto los alimentos percibidos en el supuesto de rechazo de la demanda de filiación, aspecto que merece a nuestro juicio un especial tratamiento.

i. Mujer embarazada

La mujer embarazada tiene derecho a reclamar alimentos al progenitor presunto con la prueba sumaria de la filiación alegada. (Art. 665) Remitimos a lo dicho respecto el hijo no reconocido.

j. Cuidado personal compartido

En todos los supuestos de cuidado personal compartido (léase tenencia compartida), sea con modalidad alternada o indistinta, un progenitor puede solicitar alimentos al otro a fin de beneficiar a los hijos para que estos tengan el mismo nivel de vida en ambos hogares (art. 666).

Esta disposición terminará con los usuales planteos de cese de cuota alimentaria cuando los hijos conviven el mismo o similar tiempo con cada progenitor. El argumento era que en tales circunstancias, la cuota alimentaria no era necesaria por encontrar el hijo satisfechas todas sus necesidades de sustento en cada hogar. La norma viene a equiparar el nivel de vida del hijo en ambos hogares mediante la fijación de una cuota a cargo del progenitor con mejor standard de vida.

Entendemos que dicho “nivel de vida” debe extenderse a recreación, viáticos, vacaciones y todos los rubros que comprenden el contenido de la obligación alimentaria.

k) Hijo fuera del país o alejado de sus progenitores

El hijo que no convive con sus progenitores, que se encuentra en un país extranjero o en un lugar alejado dentro de la República, y tenga necesidad de recursos para su alimentación u otros rubros urgentes, puede ser autorizado por el juez del lugar o por la representación diplomática de la República, según el caso, para contraer deudas que satisfagan sus necesidades. Si es adolescente no necesita autorización alguna; sólo el asentimiento del adulto responsable, de conformidad con la legislación aplicable. (Art. 667)

Llama la atención la vaguedad y confusa redacción de la norma. Si el hijo no convive con los progenitores y es menor de edad –no adolescente, entendido por tal en el nuevo código los mayores de 13 años y menores de 18, conforme el Art. 25- debería estar bajo la tutela de un tercero en cuyo caso, como veremos más adelante, existen normas relativas a la obligación alimentaria del tutor.

Amén de ello, ¿Quién y cómo se controlará el destino de los fondos obtenidos? ¿A qué adulto responsable se refiere la norma? ¿Podrá aplicarse la ley nacional en una Nación extranjera y eventualmente obligar a alguna entidad crediticia o particular a aceptar al menor como deudor?. Creemos que la norma tendrá una muy improbable aplicación práctica.

l) Medidas ante el incumplimiento

El Código unifica las disposiciones relativas al incumplimiento de los alimentos ya que extiende la aplicación de las reguladas respecto a los parientes a los alimentos entre padres e hijos. (Art. 670)

m) Privación y suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental

Los alimentos a cargo de los progenitores subsisten durante la privación y la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental. (Art. 704)

n) Competencia en los procesos relativos a los derechos de niños, niñas y adolescentes

En los procesos referidos a responsabilidad parental, guarda, cuidado, régimen de comunicación, alimentos, adopción y otros que deciden en forma principal o que modifican lo resuelto en otra jurisdicción del territorio nacional sobre derechos de niños, niñas y adolescentes, es competente el juez del lugar donde la persona menor de edad tiene su centro de vida. (Art. 716)

4. LOS ALIMENTOS EN OTRAS DISPOSICIONES DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

El derecho y la obligación alimentaria despliegan efectos sobre varios institutos en el nuevo Código Civil y Comercial, otorgando legitimación para ciertas acciones o adquisición o pérdida de derechos.

4.1. Tutela

Los parientes obligados a prestar alimentos al niño, niña o adolescente deben denunciar a la autoridad competente que el niño, niña o adolescente no tiene referente adulto que lo proteja, dentro de los diez días de haber conocido esta circunstancia, bajo pena de ser privados de la posibilidad de ser designados tutores y ser responsables de los daños y perjuicios que su omisión de denunciar le ocasione al niño, niña o adolescente. (Art. 111)

El juez debe fijar las sumas requeridas para la educación y alimentos del niño, niña o adolescente, ponderando la cuantía de sus bienes y la renta que producen, sin perjuicio de su adecuación conforme a las circunstancias. Si los recursos de la persona sujeta a tutela no son suficientes para atender a su cuidado y educación, el tutor puede, con autorización judicial, demandar alimentos a los obligados a prestarlos. (Art. 119)

4.2. Protección de la vivienda

La afectación de la vivienda es inoponible a los acreedores de causa anterior a esa afectación y no es susceptible de ejecución por deudas posteriores a su inscripción, excepto (entre otros supuestos) por obligaciones alimentarias a cargo del titular a favor de sus hijos menores de edad, incapaces, o con capacidad restringida. (Art. 249)

4.3 Régimen patrimonial

Dentro de la enumeración de los bienes propios, en el régimen de comunidad se incluyen el derecho a jubilación o pensión, y el derecho a alimentos, sin perjuicio del carácter ganancial de las cuotas devengadas durante la comunidad. (Art. 464, inc. ñ).

A su vez, “el sostenimiento del hogar, de los hijos comunes y de los que cada uno tenga, y los alimentos que cada uno está obligado a dar” es una carga de la comunidad. (Art. 489)

Así, se distingue el derecho alimentario (propio) de las cuotas devengadas (ganancial) y el pago de las mismas (carga). Ello influirá en un eventual reclamo de recompensas si con dinero propio se hubieran abonado cuotas alimentarias (carga), o se hubieran donado o cedido a título gratuito cuotas devengadas (gananciales).

4.4 Bienes excluidos de la garantía común de los acreedores

Queda excluida de la garantía común de los acreedores la indemnización por alimentos que corresponde al cónyuge, al conviviente y a los hijos con derecho alimentario, en caso de homicidio. (Art. 744)

4.5. Obligación del donatario

Excepto que la donación sea onerosa, el donatario debe prestar alimentos al donante que no tenga medios de subsistencia. Puede liberarse de esa obligación restituyendo las cosas donadas o su valor si las ha enajenado (Art. 1559).

Las donaciones pueden ser revocadas por ingratitud del donatario si rehúsa alimentos al donante. (Art. 1571) La revocación de la donación por negación de la prestación de alimentos sólo puede tener lugar cuando el donante no puede obtenerlos de las personas obligadas por las relaciones de familia. (Art. 1572).

4.6. Indemnización por fallecimiento

En caso de muerte, la indemnización debe consistir (entre otros rubros) en lo necesario para alimentos del cónyuge, del conviviente, de los hijos menores de veintiún años de edad con derecho alimentario, de los hijos incapaces o con capacidad restringida, aunque no hayan sido declarados tales judicialmente; esta indemnización procede aun cuando otra persona deba prestar alimentos al damnificado indirecto; el juez, para fijar la reparación, debe tener en cuenta el tiempo probable de vida de la víctima, sus condiciones personales y las de los reclamantes. (Art. 1745).

4.7. Indemnización por lesiones o incapacidad física o psíquica

En caso de lesiones o incapacidad permanente, física o psíquica, total o parcial, la indemnización debe ser evaluada mediante la determinación de un capital, de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables, y que se agote al término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades. Se presumen los gastos médicos, farmacéuticos y por transporte que resultan razonables en función de la índole de las lesiones o la incapacidad. En el supuesto de incapacidad permanente se debe indemnizar el daño aunque el damnificado continúe ejerciendo una tarea remunerada. Esta indemnización procede aun cuando otra persona deba prestar alimentos al damnificado. (Art. 1746)

4.8. Causa de indignidad

Son indignos para suceder los parientes o el cónyuge que no hayan suministrado al causante los alimentos debidos. (Art. 2281)

4.9. Beneficios excluidos de la colación

No se debe colación por los gastos de alimentos; ni por los de asistencia médica por extraordinarios que sean; ni por los de educación y capacitación profesional o artística de los descendientes, excepto que sean desproporcionados con la fortuna y condición del causante. (Art. 2392).

4.10. Legado de alimentos

El legado de alimentos comprende la instrucción adecuada a la condición y aptitudes del legatario, el sustento, vestido, vivienda y asistencia en las enfermedades hasta que alcance la mayoría de edad o recupere la capacidad.

Si alcanzada la mayoría de edad por el legatario persiste su falta de aptitud para procurarse los alimentos, se extiende hasta que se encuentre en condiciones de hacerlo. El

legado de alimentos a una persona capaz vale como legado de prestaciones periódicas en la medida dispuesta por el testador (Art. 2509)

4.11. Prescripción

Se establece un plazo genérico de prescripción de cinco (5) años para todas las obligaciones, salvo que la ley establezca uno especial. (Art. 2560). Por lo tanto, al no tener un plazo especial, la obligación alimentaria prescribe en dicho plazo.

Se encuentran exceptuados de dicho plazo y prescriben al año los reclamos a los otros obligados por repetición de lo pagado en concepto de alimentos. (2564)

5. CONCLUSIONES

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación implica en términos generales una evolución necesaria en nuestra legislación y en materia alimentaria la reforma recoge la evolución doctrinaria y jurisprudencial argentina, nutriéndose en gran medida de los proyectos de reforma previos y salvo algún reparo enunciado al analizar su normativa, la misma nos parece adecuada.

Se observan grandes avances en lo que se refiere a garantizar la rápida fijación y percepción de la cuota alimentaria, cuestión esta la más compleja en la práctica profesional.

Esta completa enunciación y su breve análisis intenta ser un aporte al estudio de tan trascendente reforma en materia de derecho de alimento.

Derechos Reales

Reflexiones y análisis de las principales modificaciones normativas sobre los Derechos Reales en el Código Civil y Comercial de la Nación.

Por María Alejandra Pasquet¹

Sumario:

I. Introducción. II. Fundamentos ideológicos. III. Metodología. IV. Libro IV de los derechos reales. V. Dominio y condominio. VI. Propiedad horizontal. VII. Conjuntos inmobiliarios. VIII. Tiempo compartido. IX. Cementerios privados. X. Superficie. XI. Usufructo, uso y habitación. XII. Servidumbre. XIII. Hipoteca, prenda y anticresis. XIV. Acciones posesorias y Acciones reales.

I. Introducción

La organización del derecho privado argentino data de dos fuentes de legislación codificada: el Código Civil (sancionado en el año 1869) y el Código de Comercio (sancionado en el año 1889).

Ambos cuerpos normativos, si bien fueron aggiornados en diversas oportunidades, no obstante no llegan a satisfacer las necesidades de la sociedad y en la realidad, la interpretación judicial, a través de fallos y plenarios, ha procurado ajustar la ardua convivencia de la ley original con las nuevas situaciones. Así, Guillermo Borda, prestigioso jurista argentino ha dicho: “Si las circunstancias cambian, la ley debe ser interpretada, no ya como deseaba su autor cincuenta o cien años atrás, sino como lo exigen las actuales circunstancias”. Es, en palabras de Enneccerus, la “interpretación progresiva”.

Nuestro decimonónico y valorado Código Civil de Dalmacio Vélez Sársfield, aventajado en su época por una adecuada sistematización de normas civiles y el crisol de fuentes consultadas, necesitaba más que una actualización normativa, un cambio de perspectiva. En todos los comentarios que realizan los doctrinarios y los redactores, y aún en la misma reforma, se señala el “cambio de paradigma”. Consideramos que el vocablo paradigma (Khun, T.S. -1962- modelo o patrón aceptado) es quizá un concepto pretencioso a la luz de una sociedad que anhela que la legislación responda simple y sencillamente a necesidades comunes que hacen al fortalecimiento de la seguridad jurídica y que afronte situaciones cuyo abordaje normativo ha quedado desactualizado y en manos de la jurisprudencia.

Por ello, mencionar nueva “perspectiva” es menos ampuloso. Es mirar a través de “los ojos del otro”. Un paradigma significa un cambio en la cultura y ponemos en duda que la reforma del derecho privado necesite nuevos “riesgos” que correr, introduciendo institutos y regulaciones ajenas a nuestras costumbres. No obstante, siempre existirá la intervención del juez para disminuir o reducir los posibles enfrentamientos entre el código civil y comercial (de ahora en adelante CCC) y algunas costumbres arraigadas en nuestra sociedad. No se trata de denostar el cambio, sólo que hubiese sido más adecuado escuchar algunas voces que reclamaron la necesidad de reflexionar más profundamente sobre temas muy sensibles a ciertos estamentos y colectivos sociales.

¹ Abogada, Mediadora, Profesora Universitaria. Docente Titular por Concurso de Derechos Reales en la Universidad Abierta Interamericana. Docente de la Fundación Cijuso. Docente de la Escuela de Postgrado de Práctica Profesional de la UNR, Módulo Derechos Reales. Postgrado en Acciones Reales UBA

Sin embargo, ello no ocurre en la generalidad, en el área de los derechos reales (no obstante animosas críticas respecto de algunas restricciones y condiciones de ejercicio del derecho propiedad). La reforma recogió la costumbre, la doctrina, el proyecto de 1998 y la jurisprudencia. Institutos que requerían una actualización o su incorporación dentro de la normativa real, vieron su consagración en este *corpus*.

II. Fundamentos ideológico- jurídicos

Los principios o bases de la ideología de la reforma tienden a transformar y en el mejor de los escenarios actualizar las normativas que necesariamente afectarán el sistema social, económico, político y cultural existente.

Este análisis reflexivo tiene en cuenta los fundamentos sostenidos en su elaboración, la cultura de esta época y la consideración del articulado referido al Libro IV referido a los Derechos Reales.

Sin embargo, comenzaremos por los elementos comunes de los cuales participa todo el articulado.

- **Multiculturalidad.** Al sistema romanista, español y de la codificación francesa, los redactores integraron el componente cultural latinoamericano. Atendiendo a plasmar un sistema plural donde puedan coexistir personas de distintos credos, costumbres y culturas.
- **Constitucionalización del derecho privado.** Instituye una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado. Se toman en cuenta los pactos y tratados internacionales de derechos humanos y todos los derechos reconocidos constitucionalmente y como consecuencia tiene un relevante número de normas de orden público.
- **Código de igualdad.** Establece normativas que atienden a la no discriminación y a la igualdad, observando los intereses individuales y colectivos.
- **Seguridad jurídica.** Se tuvo en cuenta la regulación de las transacciones comerciales promoviendo el valor seguridad.

III. Metodología

Algunos aspectos novedosos:

- No contiene notas.
- Incorpora definiciones, pero limitadas a aquellas que guardan relación con la nota al artículo 495 del Código Civil:

“...La definición es del dominio del gramático y del literato, si la expresión corresponde al lenguaje ordinario, y es de la atribución del profesor cuando la expresión es técnica. En todo caso es extraña a la ley, a menos que sea legislativa, es decir, que tenga por objeto restringir la significación del término de que se sirva, a las ideas que reúnan exactamente todas las condiciones establecidas en la ley...”

- **Claridad en la redacción.** Los redactores trataron de utilizar un lenguaje sencillo para que sea comprensible por los profesionales y por las personas que no lo son. Se mantuvieron los vocablos que son del dominio de la doctrina y la jurisprudencia y se acogieron los nuevos términos que son expresiones del quehacer

social, científico y cultural. Se utiliza el tiempo verbal presente durante todo el articulado.

IV. Libro Cuarto. Derechos Reales.

Hay un cambio en la metodología que nos parece apropiado.

En primer lugar trata las disposiciones generales en cada uno de los institutos y temas, evitando reiteraciones y con una importante reducción del articulado.

Principios comunes a los temas.

Entonces, el libro IV comienza con el Título I (Disposiciones generales) y en el Capítulo I regula los Principios comunes.

El artículo 1882 brinda una **definición de Derecho Real** expresando que es el poder jurídico, de estructura legal, que se ejerce directamente sobre su objeto, en forma autónoma y que atribuye a su titular las facultades de persecución y preferencia, y las demás previstas en este Código.

La terminología utilizada reduce ostensiblemente la posibilidad de ambigüedades que generaba el concepto elaborado por la doctrina. Ya no queda duda que los derechos reales consisten en un “poder” y es jurídico porque tiene efectos de esa naturaleza. Si bien no indica que es el titular el que ejerce el poder en forma directa sobre su objeto, lo da a entender cuando menciona las atribuciones que tiene éste. Fuera quedó la cuestión de la obligación pasivamente universal de respeto por parte de la comunidad que lo acercaba más a una relación obligacional que a una relación real, donde los elementos continúan siendo dos: el titular y el objeto.

En cuanto al **objeto**, no hay cambios: es la cosa pero admite las que se encuentran fuera del comercio por su inalienabilidad relativa y las que su enajenación estuviese prohibida por una cláusula de no enajenar. Se acepta que el objeto puede consistir en un bien taxativamente señalado por la ley, pensando en casos de derechos sobre derechos, como la hipoteca del derecho de superficie en su modalidad de derecho sobre cosa ajena.

Importancia de la **estructura legal**: la ley es quien regulará los elementos, contenido, adquisición, constitución, modificación, transmisión, duración y extinción. Fulmina con la nulidad la configuración de un derecho real no previsto en la ley o la modificación de su estructura. El orden público, como ya lo indicamos y el numerus clausus impera en el articulado de los derechos reales.

Convalidación. Continúa permitiendo la convalidación para quien constituye o transmite un derecho real que no tiene pero lo adquiere posteriormente. A diferencia del Código civil actual y de acuerdo con el Proyecto de 1998, no hace excepción a la hipoteca.

Persecución y preferencia. Destaca las atribuciones típicas (rei persecutoria) y de preferencia con respecto a otro derecho real o personal que haya obtenido oponibilidad posteriormente.

Enumeración.

- a. Dominio
- b. Condominio

- c. Propiedad horizontal
- d. Conjuntos inmobiliarios
- e. Tiempo compartido
- f. Cementerio privado
- g. Superficie
- h. Usufructo
- i. Uso
- j. Habitación
- k. Servidumbre
- l. Hipoteca
- m. Anticresis
- n. Prenda

A continuación realiza una clasificación:

- ✓ derecho reales sobre cosa propia,
- ✓ sobre cosa ajena,
- ✓ principales,
- ✓ accesorios,
- ✓ sobre cosas registrables
- ✓ sobre cosas no registrables

Ejercicio.

Los derechos reales son ejercidos por la posesión o por actos posesorios (todos se ejercen por la posesión excepto las servidumbres y la hipoteca) Muy procedente la aclaración: las servidumbres positivas se ejercen por actos posesorios y el primer uso es modo suficiente para su adquisición.

Adquisición, transmisión, extinción y oponibilidad de los derechos reales

Frente a este tema hubo deliberaciones en la Comisión Redactora que declinó ideas propias para redactar un código que satisfaga los intereses de la comunidad. Por ende, se mantiene la Teoría del Título y Modos suficientes y sostiene que la tradición posesoria es modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales que se ejercen por la posesión.

Hace una salvedad: la inscripción registral es modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales sobre cosas registrables en los casos legalmente previstos; y sobre cosas no registrables cuando el tipo de derecho así lo requiera.

Posesión y tenencia

Establece un Capítulo de disposiciones generales (artículo 1908 y ss).

Enumera, despejando dudas y posibles confusiones, que las “relaciones de poder” (utiliza nuevamente la palabra “poder” en consonancia con la definición de derechos reales) del sujeto con una cosa son la posesión y la tenencia.

Presunciones. Se presume admitiéndose prueba en contrario que es poseedor quien ejerce un poder de hecho sobre una cosa. E incorpora un nuevo término: “servidor de la posesión”: es aquel que utiliza una cosa en virtud de una relación de dependencia, servicio, hospedaje u hospitalidad.

Clasificación. Es legítima toda relación de poder (iuris tantum) y es ilegítima cuando no importe el ejercicio de un derecho real o personal constituido.

Adquisición, ejercicio, conservación y extinción. El modo de adquisición de la posesión es a través de la tradición (excepto los casos de traditio brevi manu y constituto posesorio). Para mantener coherencia con el concepto de objeto de los derechos reales, no se considera que su extinción ocurra cuando la cosa sea puesta fuera del comercio.

Es importante destacar la definición de **acto posesorio**. El artículo 1928 enumera una serie de actos y hechos que habrán de exigirse en distintos institutos. Para dar un ejemplo, podemos tener en cuenta la innumerable jurisprudencia, especialmente vinculada a la usucapión, que trata de establecer qué es un acto posesorio y cuando no lo es. Este artículo abre una puerta inmejorable para optimizar el complejo sistema de la prueba en estos procesos.

Descripción de los actos posesorios:

- ✓ Cultura
- ✓ Percepción de frutos
- ✓ Amojonamiento o impresión de signos materiales
- ✓ Mejora
- ✓ Exclusión de terceros
- ✓ En general: su apoderamiento por cualquier modo que se obtenga

(nuevamente el poder pasa a ser elemento esencial)

Frutos y Mejoras. En el artículo 1934 se describen ambos y refiere a la buena o mala fe como condición para la adquisición de los frutos o productos.

- fruto percibido
- fruto pendiente
- mejora de mero mantenimiento
- mejora necesaria
- mejora útil
- mejora suntuaria

V. Dominio y Condominio

Dominio.

A diferencia con lo que podía pensarse, no define el dominio sino que directamente pasa a describir el dominio perfecto. Algunos autores (señala Smayevsky, M. 2012)² indican que es una buena técnica definir el dominio perfecto como el derecho real que otorga todas las facultades de usar, gozar y disponer material y jurídicamente de una cosa, dentro de los límites previstos por la ley. También establece una presunción a favor del dominio perfecto salvo prueba en contrario. Consideramos que hubiese sido congruente con la línea ideológica del articulado que antecede, reforzar indicando que el dominio es la potestad que tiene una persona sobre su objeto en forma directa, atribuyéndole las facultades del ius utendi, fruendi y abutendi.

² MJ-DOC-6012-AR/ MJD6012

En el artículo 1946 no define sino que solo señala la clasificación del dominio imperfecto cuando:

- está sometido a condición
- o plazo resolutorios
- o si la cosa está gravada con cargas reales.

Un tema que no podemos soslayar es la aparición del llamado “**interés social**”, De acuerdo con el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, Capítulo cuarto, corresponde al Congreso:

Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional

Este artículo recoge el artículo 21 del Pacto de San José de Costa Rica: Derecho a la Propiedad Privada: *1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley. 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley*). En particular, preferimos hablar de “función social de la propiedad”, concepción más profunda de la propiedad que guarda estrecha relación con el constitucionalismo social y la doctrina social de la iglesia.

Por otro lado, sostiene la **perpetuidad, la exclusividad y las facultades excluyentes y la extensión** del dominio.

Límites al dominio.

Comienza el capítulo 4 con el artículo 1970 mencionando las normas administrativas y las limitaciones por ellas impuestas en el interés público. Y, difiere su regulación a las normas locales.

Reemplaza el término “restricciones” por la de “límites”. Expresión que pone fin a un antiguo debate doctrinario.

Respecto de **los límites jurídicos**, eleva el plazo a 10 años para las cláusulas de inalienabilidad cuando se trate de actos a título gratuito. Y en casos de plazo incierto, el plazo máximo de 10 años podrá ser renovable por iguales plazos de modo expreso.

Con relación a **los límites materiales**, el artículo 1973 incorpora el término “inmisiones”, continuando con el mismo espíritu del antiguo artículo 2618 y respetando los mismos preceptos (aunque más acotados)

Condominio.

Lo define como el derecho real de propiedad sobre una cosa que pertenecen en común a varias personas y que corresponde a cada una por una parte indivisa. Establece la igualdad salvo que la ley o el título dispongan otra proporción.

Subsidiariamente se aplicarán las normas que rigen el dominio.

Incorpora el “convenio de uso y goce” entre los condóminos.

Respecto de la **administración**, recoge los argumentos propuestos por la doctrina y la jurisprudencia poniendo fin a la necesidad de la unanimidad de los condóminos para la toma de decisiones. Admite, por ende, la asamblea donde los condóminos deberán ser notificados de la misma y de su objeto y temas a tratar, mediante citación fehaciente con una razonable anticipación.

Celebrada la misma, las resoluciones serán tomadas por la mayoría absoluta, calculadas de acuerdo al valor de los partes indivisas, obligando a todos los copropietarios. Ello trae como consecuencia que el condómino citado que no concurre su ausencia deberá computarse su proporción y en sentido negativo.

Clasificación:

1. Con indivisión forzosa
2. Sin indivisión forzosa
 - Temporaria (plazo hasta 10 años)
 - Perdurable

❖ Una novedad consiste en que las **partición puede ser vedada por ser nociva la misma** (por ejemplo, cuando el mercado inmobiliario atraviese una situación de retracción)

Condominio de muros, cercos y fosos. Tal como el Proyecto de 1998 (artículo 1947) y la jurisprudencia (autos: Consorcio Ugarteche 3374 c/ Consorcio Ugarteche 3370 s/ Daños y Perjuicios. Año 2003) lo anticiparon y con un criterio muy apropiado define en el artículo 2006 los tipos de muros:

- Linderos
- Separativos
- Divisorios
- Encaballados
- Contiguos
- Medianero
- Privativo o exclusivo
- De cerramiento
- De elevación
- Enterrados

VI. Propiedad horizontal.

En este derecho real la reforma plasmó modificaciones atendiendo a la nutrida jurisprudencia, doctrina y por sobre todo, a los usos y costumbres del mercado inmobiliario y de los nuevos emprendimientos urbanos.

En principio confiere **autonomía** a la PH y con ello también pone un punto final a los debates doctrinarios.

Por la importancia del instituto el CCC dedica un capítulo destinado a las disposiciones generales.

El artículo 2037 la **define** como el derecho real que se ejerce sobre un inmueble propio que otorga a su titular facultades de uso, goce y disposición material y jurídica.

Brinda un concepto más amplio de **unidad funcional** (artículo 2037):

- Pisos
- Departamentos
- Locales
- U otros espacios susceptibles de aprovechamiento por su naturaleza o destino

Conserva el **requisito** de la independencia funcional y la salida directa a la vía pública o por un pasaje común.

Presunción de comunidad: ante la duda respecto de si una parte es privativa o común, se estará por la comunidad de la misma.

Partes comunes: descripción enunciativa. Establece un principio general: “son comunes a todas o a algunas de las unidades funcionales la cosas de uso común de ellas o indispensables para mantener su seguridad y las que se determinan en el reglamento de propiedad horizontal”

- Art. 2041. Cosas y partes necesariamente comunes
- Art. 2042. Cosas y partes comunes no indispensables

Consortio: consagra la personalidad jurídica del consorcio (art. 2044) denominándola “Consortio” y con domicilio en el inmueble.

Consejo de propietarios: incorpora esta figura que ya reconocía su existencia en algunos reglamentos y que fungía como vínculo entre el administrador y los copropietarios, pero que no era órgano consorcial. Ahora es parte del mismo, por ende, quedan como órganos de la PH: la asamblea, el administrador y el consejo de propietarios (si existiera). Las funciones del consejo no sustituyen al administrador. Este punto es imprescindible que se tenga en cuenta ya que la costumbre demuestra que en varias cuestiones es el consejo el que se ocupa de las tareas propias del administrador (muchas veces por ineficiencia u omisión de éste). Una de sus obligaciones será llevar el control de todos los aspectos económicos del consorcio y ante la vacancia del administrador puede convocar a asamblea, fijar el orden del día y mientras tanto asumir sus funciones.

El administrador del consorcio, merece un capítulo aparte (capítulo 7) y lo designa como el representante legal. A renglón seguido, determina (art. 2067 y cc) sus funciones, derechos y obligaciones. En cuanto la obligación de asegurar el inmueble contra incendio, el mismo es reemplazo por la contratación de un seguro integral de consorcio (más amplio y que responde al uso y necesidades actuales)

Reglamento de copropiedad. En una minuciosa descripción, se señalan los contenidos del reglamento (art. 2056)

Asambleas. Se abrevia el sistema de convocatoria y el quorum y mayorías pueden lograrse por adhesión. Dedicar el artículo 2063 a la regulación de las **asambleas judiciales**. Los propietarios que representen el 10% de la totalidad pueden solicitar al juez la convocatoria. Una apropiada incorporación es la posibilidad de que el juez, si resulta necesario, disponga medidas cautelares para regularizar la situación del consorcio.

Expensas. Guarda un especial valor el pago de las expensas. El certificado de deuda por expensas y otras contribuciones, expedido por el administrador y aprobado por el consejo de propietarios es título ejecutivo a los fines del cobro judicial. El artículo 2050 señala quienes son los obligados al pago e indica que es el propietario y sin perjuicio de implicar una liberación de éste, los que sean **poseedores por cualquier título**.

Introduce a los Subconsorcios: en caso de que hubiese sectores con independencia puede constituirse un subconsorcio con subasambleas y sub administrador (administración independiente, política y económicamente separada). Frente a terceros **responde todo el consorcio sin tener en cuenta los sectores que lo integran (art. 2068)**. Funge a los fines de una organización interna.

Prehorizontalidad. El artículo 2070 hace honor al paradigma de la seguridad jurídica de los adquirentes en obras en construcción.

VII. Conjuntos inmobiliarios.

Frente a la existencia y falta de marco legal de estos emprendimientos se instituyeron a partir del artículo 2073 y bajo la denominación de conjuntos inmobiliarios los siguientes desarrollos:

- Clubes de campo
- Barrios cerrados o privados
- Parques industriales, empresariales o náuticos
- O cualquier otro emprendimiento urbanístico independientemente del destino de vivienda permanente o temporaria, laboral, comercial o empresarial que tenga comprendidos
 - Aquellos que contemplan usos mixtos con arreglo a lo dispuesto por las regulaciones administrativas de cada jurisdicción.

Marco legal. Todos los aspectos relativos a las cuestiones urbanísticas, se rigen por las normas administrativas locales.

Asimismo, quedan **sometidos a las disposiciones de la propiedad horizontal** (Título V) y de conformidad con las modificaciones que especialmente se establezcan en el Título VI "Conjuntos inmobiliarios". Los ya existentes pero constituidos como derechos personales (sociedades, por ejemplo) o mixtos, deberán adecuarse a la presente reglamentación.

El reglamento puede contener (enunciativo)

- Facultades y obligaciones de los propietarios
- Limitaciones y restricciones:

- Edilicias, paisajísticas o de otra índole, de acuerdo con las normas administrativas
- Crear servidumbres y restricciones a los dominios particulares
- Fijar reglas de convivencias (inclusive sanciones)
- Expensas por gastos, contribuciones y otros beneficios.
- Cesión de la unidad: deberán establecerse las condiciones de uso y goce de espacios e instalaciones comunes tanto para las personas que habitan como para aquellos que tienen carácter de invitados o residentes temporarios.
- Admisión de usuarios no propietarios. Luego de serias deliberaciones sobre el tema, se concluyó que el reglamento puede establecer condiciones de uso, inclusive puede determinarse que abonen expensas (contribuciones y aranceles)
- Transmisión de unidades. Pueden regularse imitaciones pero no impedir la libre transmisión y consiguiente adquisición. Pero puede establecerse derecho de preferencia a favor del consorcio o de propietarios de las unidades privativas.

VIII. Tiempo compartido.

El artículo 2087 incorpora, también luego de varios intentos legales para brindarle un marco jurídico regulatorio, como derecho real al tiempo compartido. Los primeros proyectos datan del año 1986 donde ya se le reconocía el carácter real a este derecho. Luego fue meridianamente regulado por una ley del área turística: ley 26.356 SISTEMAS TURISTICOS DE TIEMPO COMPARTIDO y cuyo artículo 1° señala: Ámbito de aplicación. La presente ley regula los Sistemas Turísticos de Tiempo Compartido (STTC), con independencia de la naturaleza de los derechos que se constituyan o transmitan y del régimen legal al que se encuentren sometidos los bienes que los integran. Dando lugar a que una legislación posterior, en este caso el CCC indique la naturaleza del derecho.

Concepto. Habrá tiempo compartido cuando uno o más bienes están afectados a su uso periódico y por turnos, para alojamiento, hospedaje, comercio, turismo, industria u otros fines para brindar las prestaciones compatibles con su destino.

Bienes: puede estar integrado por bienes muebles e inmuebles. En el caso de que se trate de inmuebles el TC deberá instrumentarse por escritura pública.

Inscripción:

- En el Registro de la Propiedad
- Y en el registro de Prestadores y Establecimientos Afectados a Sistemas de Tiempo Compartido.

Relación de consumo. Los múltiples reclamos generados por la adquisición, uso, disponibilidad, entre otras problemáticas, llevaron con mucho acierto a que el CCC en el artículo 2100, establezca que la relación entre el propietario, emprendedor y administrador del TC con quien adquiere o utiliza el derecho de uso se rija por la normas que regulan la relación de consumo para evitar los abusos y una rápida y específica solución al reclamo.

IX. Cementerios privados.

Todo el Capítulo 3 está dedicado al régimen de los cementerios privados (a partir del artículo 2103). Por supuesto que en la regulación hay una importante incidencia del derecho

público y se someterá, por ende, a las normativas y políticas nacionales, provinciales y municipales relativas a la cuestión.

Concepto. Se consideran cementerios privados a los inmuebles de propiedad privada afectados a la inhumación de los restos humanos.

Afectación. Se realiza por escritura inscripta en el Registro de la Propiedad Inmueble conjuntamente con el reglamento de administración y uso. No se puede cambiar el destino ni gravar el terreno con hipoteca o anticresis. La Municipalidad debe otorgar la habilitación para funcionar.

Relación de consumo. En este caso, también las relaciones del propietario y el administrador con los titulares de las parcelas, se rigen por las relaciones de consumo.

Al derecho de sepultura sobre la parcela se le aplican las normas sobre los derechos reales.

Inembargabilidad. Las parcelas son inembargables, excepto:

- Los créditos provenientes del saldo insoluto de precio de compra y de construcción de sepulcros;
- Las expensas, tasa, impuestos y contribuciones.

X. Superficie.

Recordamos la ley 25.509 que instituyó el derecho real de superficie forestal con características particulares para ésta en consonancia con el código civil. No obstante quedaban puntos oscuros como por ejemplo la posibilidad de hipotecar. Pero ya quedó zanjado el debate por imperio del artículo 2120 que autoriza al superficiario a constituir derechos reales de garantía y también podrá afectar la construcción al régimen de propiedad horizontal.

El CCC amplió para el caso de la superficie sobre inmuebles a construir.

Normativa supletoria: las del usufructo.

Plazo:

- Para construcciones 70 años
- Para forestación y plantación 50 años

XI. Usufructo, uso y habitación.

Usufructo.

Se reduce sensiblemente la cantidad de normas que regulaban en el CC a este derecho real. Se elimina el usufructo legal: aquel que tenían los padres sobre los bienes de los hijos que se encontraban bajo su patria potestad (con las excepciones legales)

Es el derecho real de usar y gozar un bien ajeno conforme a su destino y sin alterar su sustancia.

Legitimados para su constitución:

- ✓ Titular

- ✓ Titular de la propiedad horizontal
- ✓ Superficiario
- ✓ Condóminos

Inventario y fianza. Se mantiene el requisito. En caso de mayores de edad y capaces puede realizarse por instrumento privado, ergo, menores de edad o incapaces, por escritura pública.

Transmisión: esta es una innovación respecto de la anterior legislación. El usufructuario puede transmitir su derecho (artículo 2142), pero es su propia vida y no la del adquirente la que determina el límite máximo de duración del usufructo (porque sigue siendo intransmisible por herencia)

Usufructuario puede constituir:

- Servidumbre
- Anticresis
- Uso
- Habitación
- Y derechos personales de uso y habitación.

Objeto.

- Una cosa no fungible
- Un derecho (solo cuando la ley lo prevé)
- Una cosa fungible cuando recae en un conjunto de animales.
- El todo o parte indivisa de una herencia cuando el usufructo es de origen testamentario

Constitución.

- Por la transmisión del uso y goce con reserva de la nuda propiedad
- Por transmisión de la nuda propiedad con reserva del uso y goce
- Por la transmisión de la nuda propiedad a una persona y el uso y goce a otra

Extinción. Medios especiales.

- La muerte del usufructuario (si no se pactó plazo, se presume vitalicio)
- La extinción de la persona jurídica usufructuaria. Aquí se extiende el plazo legal del CC: ahora son 50 años
- No uso por 10 años. El desuso involuntario no impide la extinción ni autoriza a extender la duración del usufructo.
- El uso abusivo y la alteración de la sustancia comprobada judicialmente

Uso.

Características principales. Se le aplican supletoriamente las normas del usufructo

- Solo puede constituirse a persona humana
- Se limita a las necesidades del usuario y su familia
- No puede constituir el usuario, derecho reales

Habitación.

Es el derecho real de morar en un inmueble ajeno o en parte de él, sin alterar la sustancia ni el destino.

Se constituye a favor de persona humana.

También se aplican supletoriamente las normas del usufructo.

Límites.

- No puede ser ejecutado por los acreedores
- No es transmisible por actos entre vivos
- Ni por causa de muerte
- Habitador no puede
 1. Constituir derecho reales
 2. Ni personales

Derecho real de habitación del cónyuge supérstite.

Se mantiene en el artículo 2383 ubicado metodológicamente en el libro V (Sucesiones) pero con varias modificaciones que seguramente generarán debates por su meridiana claridad.

Características:

- Vitalicio
- Gratuito
- De pleno derecho (termina con las dudas respecto al tiempo de su petición)
- Inmueble propiedad del causante
- Ultimo hogar conyugal
- Que a la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas
- Es inoponible a los acreedores del causante.

XII. Servidumbre

A partir del artículo 2162, se regulan las servidumbres. Es el derecho real que se establece entre dos inmuebles y que concede a su titular (dominante) determinada utilidad sobre el inmueble sirviente ajeno. Hay una incorporación: la servidumbre puede ser de “mero recreo”.

Clasificación:

- Servidumbre positiva
- Servidumbre negativa
- Servidumbre personal (también puede ser a favor de varias personas. Sin derecho a acrecer)
- Servidumbre real
- Servidumbre forzosa (tránsito y acueducto) son imprescriptibles

Legitimación:

- Titulares de derecho reales de inmuebles que se ejercen por la posesión
- Comunidad de titulares: debe estar constituida por el conjunto de los titulares

Se presume onerosa en caso de duda.

Extinción. Medio especiales:

- La desaparición de toda utilidad para el inmueble dominante
- No uso durante 10 años por cualquier razón
- En las personales: persona humana, si no hay plazo, hasta su fallecimiento y en el caso de jurídicas, si no hay plazo, a los 50 años)

XIII. Hipoteca, anticresis y prenda.

El Título XII, Capítulo 1 comienza con la buena técnica de establecer las **disposiciones comunes** a los derechos reales de garantía:

- ❖ Convencionalidad
- ❖ Accesoriedad
- ❖ Créditos garantizables
- ❖ Indivisibilidad (puede convenirse la divisibilidad o disponerla fundadamente el juez a solicitud del titular)
- ❖ Especialidad: El acto constitutivo debe prever el plazo al que la garantía se sujeta, que no puede exceder de 10 años desde el acto y vencido el plazo, la garantía subsiste en seguridad de los créditos incumplidos durante su vigencia.
 1. En cuanto al objeto
 2. En cuanto al crédito

Extensión:

- Bienes físicamente unidos que están gravados con prenda antes que la hipoteca o son propiedad de terceros
- Bienes que posteriormente se unen físicamente, si están gravados con prenda o son propiedad de terceros.
- Extensión en cuanto al crédito: Capital adeudado + intereses + daños + costas. Todo lo anterior queda dentro de la cobertura salvo que esté estipulado expresamente en la convención.

Subrogación real: cuando los bienes gravados son sustituido por otros sea por: indemnización, precio o cualquier otro concepto que permite la subrogación real.

Regula a partir del artículo 2199 la responsabilidad del **propietario no deudor**.

Cancelación del gravamen

1. Por su titular
2. Por el juez

Hipoteca.

Artículo 2205: concepto. Es el derecho real de garantía que recae sobre uno o más inmuebles individualizados que continúan en poder del deudor, las facultades de persecución y preferencia para cobrar sobre su producido el crédito garantizado.

Muy oportuna la aclaración que parte del artículo 2207: **Hipoteca de parte indivisa.** Se admite sin hesitar la hipoteca del condómino sobre su parte indivisa que podrá ser ejecutada por el acreedor sin esperar y estar a las resultas de la partición. Mientras subsista la hipoteca la partición extrajudicial del condómino es inoponible al acreedor hipotecario que no presta conformidad expresa como forma de garantizar su crédito.

Anticresis.

Artículo 2212. Concepto. Es el derecho real de garantía que recae sobre cosas individualizadas, cuya posesión se entrega al acreedor o a un tercero designado por las partes, a quien se autoriza a percibir los frutos para imputarlos a la deuda.

El CCC hace una ampliación. Se aplica a:

- Muebles (nueva incorporación) con una duración de hasta 5 años. Los efectos de la inscripción (muebles registrables) son de 10 años
- Inmuebles con una duración de hasta 10 años. Los efectos de la inscripción son de 20 años

Prenda.

Este capítulo está dividido en secciones. En la primera presenta las disposiciones generales.

Artículo 2219. Concepto.

1. **Con desplazamiento:** Es el derecho real de garantía sobre **cosas muebles no registrables o créditos instrumentados**. Se constituye por el dueño o la totalidad de los copropietarios, por contrato formalizado en instrumento público o privado y tradición al acreedor prendario o a un tercero designado por las partes. Se rige por las disposiciones del CCC

2. **La prenda con registro** se rige por las leyes especiales.

Prendas sucesivas: en el artículo 2223 se establece que puede constituirse una nueva prenda sobre el mismo bien a favor de otro acreedor si el acreedor, en cuyo poder se encuentra la cosa, consiente en poseerla por ambos o si fuese entregada a un tercero en custodia en el interés común. La prioridad queda sometida a la fecha de su constitución (pero las partes pueden manifestar expresamente otro orden de prioridades)

Luego se introduce en la regulación de **prenda de cosas y prenda de créditos**.

- Prenda de cosas: artículo 2225. Se destaca esta norma que establece que si el bien produce frutos o intereses, el acreedor debe percibirlos e imputarlos al pago de la deuda, primero a gastos e intereses y luego a capital (sigue con la misma lógica de imputación del CC), aunque puede admitirse pacto en contrario.

- Prenda de créditos: La incorporación de esta figura está justificada para la promoción de la política crediticia. Artículo 2232. La prenda de créditos es la que se constituye sobre cualquier crédito instrumentado que puede ser cedido. La prenda se constituye aunque el derecho no se encuentre incorporado a dicho

instrumento y aunque este no sea necesario para el ejercicio de los derechos vinculados con el crédito prendado.

XIV. Acciones posesorias y Acciones reales.

Bajo el Título XIII se legislan las acciones posesorias y las acciones reales.

1. Defensas de la posesión y la tenencia.

Procedimiento: es acertada esta norma procesal dentro del código sustantivo ya que sirve para enfatizar la importancia de la celeridad que requiere la defensa de la posesión y la tenencia. Dice el artículo 2246: que las acciones posesorias tramitan por el proceso de conocimiento “más abreviado” que establecen las leyes adjetivas locales o el que determina el juez atendiendo las circunstancias del caso.

Identifica dos tipos de acciones:

- Acción de despojo (desposesión total o desapoderamiento)
- Acción de mantener (turbación de la posesión o la tenencia)

Defensa extrajudicial. Con carácter más restringido sostiene la defensa extrajudicial en propia defensa (artículo 2240)

2. Acciones reales.

También el CCC dedica una Sección a las disposiciones generales.

Ratifica la reforma que las acciones reales son las encargadas de proteger la:

- a) Existencia
- b) Plenitud
- c) Libertad de los derechos reales.

Importante: son imprescriptibles.

Clasificación de las Acciones reales:

- Reivindicatoria: abarca todos los derechos reales que se ejercen por la posesión cuando hay desapoderamiento total.
- Confesoria: procede frente a actos o hechos que impiden ejercer una servidumbre u otro derecho real que se ejercen por a la posesión
- Negatoria: tiene por objeto defender los derechos reales que se ejercen por la posesión cuando hay una turbación (especialmente por la atribución indebida de una servidumbre u otro derecho que se ejerza por la posesión)
- Deslinde (se agrega en el nuevo plexo normativo) Procede cuando es necesario establecer los límites que son inciertos y que dividen dos inmuebles.

Este análisis de las principales modificaciones es sólo el comienzo del exhaustivo estudio que debemos comprometernos a realizar para encontrar en la reforma una herramienta para promover el desarrollo social y económico del país.

Derecho Internacional Privado

La importancia de los Tratados en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

Por Eloísa B. Raya de Vera¹

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación introduce una modificación sustancial en el sistema de fuentes con respecto al viejo Código.

Ciertamente, el viejo Código, en consonancia con el positivismo teórico² reinante en la época de su redacción establecía como fuente excluyente a la ley. En el Título I, denominado “De las leyes” en su artículo primero disponía que “Las leyes son obligatorias para todos los que habitan el territorio de la República, sean ciudadanos o extranjeros, domiciliados o transeúntes”.

El sistema positivo cerraba su círculo con el art. 16 del viejo Código que establecía “Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso”.

De ese modo, el derecho argentino se concebía como: a) una estructura cerrada compuesta exclusiva o predominantemente por preceptos legislativos y b) un sistema completo, ya que frente a la existencia de lagunas se establecía la solución de la analogía o de la recurrencia a los principios generales del derecho³.

Este positivismo teórico proponía un rol pasivo para los jueces, defendiendo la absoluta sumisión de los magistrados a los mandatos legislativos.

En cambio, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación rompe con esta concepción al construir la noción de “sistema de fuentes”.

En efecto, en el Título preliminar, Capítulo I sobre el “Derecho” (y no ya sobre la ley a secas), artículo 1 dispone: “Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables. La interpretación debe ser conforme con la Constitución Nacional y los tratados en los que la República sea parte. A tal fin, se tendrá en cuenta la jurisprudencia en consonancia con las circunstancias del caso. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.”

Como se explica en los Fundamentos del nuevo Código, queda claro y explícito que los casos deben resolverse recurriendo a un sistema de fuentes formado por la ley, la Constitución, los tratados, la jurisprudencia y la costumbre.

Entendemos que si bien se produjo un importante quiebre con la visión positivista anterior, el artículo primero no incorpora el orden de prelación que marca la Constitución para el sistema de fuentes al expresar que “Los casos que este Código rige deben ser resueltos

¹ Abogada (Diploma de Honor), Magister en Relaciones Económicas Internacionales (Univ. de Barcelona), Diplomada en Promoción y Protección de los Derechos Humanos (Univ. de Zaragoza), Profesora Titular de Derecho Internacional Privado y de la Integración (UM), Profesora Asociada de Derecho de la Integración (UAI), Directora del Instituto de Derecho Internacional (CAMGR).

² Expresión utilizada por Nino Carlos en Introducción al análisis del derecho, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2014 para diferenciarla del positivismo metodológico o conceptual de Hart.

³ NINO, Carlos, Introducción al análisis del derecho, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2014.

según las leyes que resulten aplicables...” y no hace mención ni de los Tratados ni de la propia Constitución.

Ciertamente, el art. 75 inc. 22 de la CN establece que “...los Tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes...”

La Reforma constitucional de 1994 a través del artículo 75 inc. 22 no hace más que plasmar toda una evolución jurisprudencial que marca la prelación que deben tener los Tratados por sobre la ley.

Resulta muy interesante la sistematización que ha realizado DREYZIN DE KLOR⁴ -en tres etapas- con respecto a esta evolución: A) La primera etapa se extiende desde 1853 hasta 1963 y se caracteriza por la interpretación literal que la Corte Suprema argentina hizo del art. 31⁵ de la CN estableciendo el siguiente orden de prelación: Constitución, leyes y tratados. Por lo tanto, en esta etapa la jurisprudencia argentina adhiere al monismo con primacía del derecho interno⁶.

B) Etapa entre 1963 y 1992: la Corte argentina cambia el criterio a partir del caso “Martin y Cía Ltda. c. Administración Gral. de Puertos s. Repetición de pago” en el que se dispuso que las leyes y los tratados son igualmente calificados como ley suprema de la Nación y que no existe fundamento normativo alguno para acordar prioridad a la ley sobre el tratado ni viceversa. La Corte, en consecuencia, adopta “la teoría de la coordinación”⁷.

C) Etapa actual: el cambio radical y que se considera el inicio de la actual posición argentina se produce a partir del caso “Ekmekdján Miguel Ángel c. Sofovich Gerardo y otros” a través del cual se reconoció la primacía del derecho internacional por sobre la ley⁸. Entre los principales argumentos que sostuvo la Corte, se encuentra el de que la Argentina había ratificado la Convención de Viena de 1969 que en su art. 27 impone a los Estados asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria.

Se aclara que, si bien la primacía de los Tratados ha quedado consagrada, es sólo relativa, ya que los tratados son superiores a las leyes pero no a la Constitución. Debe hacerse la salvedad con respecto a los tratados sobre Derechos Humanos mencionados en el art. 75 inc. 22 segundo párrafo⁹ que tienen jerarquía constitucional.

⁴ DREYZIN DE KLOR Adriana, Trámites judiciales internacionales, Editorial Zavallia, Buenos Aires, 2005.

⁵ Art. 31 de la Constitución de 1853: “...esta Constitución, las leyes que en consecuencia se dicten y los tratados con potencias extranjeras son ley suprema de la Nación”.

⁶ Monismo con primacía del derecho interno: para esta teoría el orden jurídico es uno solo pero con dos subsistemas (el derecho interno y el derecho internacional) que se encuentran relacionados jerárquicamente, otorgándole primacía al derecho interno por sobre el derecho internacional.

⁷ Teorías de la coordinación: apoyan la igualdad jerárquica absoluta entre la ley y el tratado. En tal caso, los posibles conflictos de aplicación entre el derecho interno e internacional se solucionarían con la aplicación de la regla clásica “ley posterior deroga ley anterior”.

⁸ Monismo con primacía del derecho internacional: postula la primacía del derecho internacional por sobre el derecho interno. Se subdivide en la concepción absoluta: cuando no existe ningún límite a la aplicación del derecho internacional. Se postula la superioridad del tratado por sobre la propia Constitución de los Estados⁸. Y la concepción relativa: los tratados prevalecen por sobre la ley interna pero no sobre la Constitución de los Estados.

⁹ Art. 75 inc. 22 CN: “[...] La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, la Convención sobre los Derechos del Niño, en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguna de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos [...]

En suma, el sistema jurídico argentino impone la primacía del Tratado por sobre la ley. Por lo tanto, los casos deben ser resueltos priorizando la Constitución y los Tratados por sobre la ley.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación reconoce esta importancia en el método de interpretación de la norma (confirmación artículo primero segunda parte) pero no lo hace expresamente en el ámbito de su aplicación ya que sigue recurriendo sólo a la ley.

De todos modos, como lo ha expresado BIDART CAMPOS¹⁰, en el orden jurídico argentino la observancia de la Constitución es un derecho y un deber de todos los jueces en la resolución del caso –al igual que los Tratados–, y esa observancia exige darle primacía en la aplicación a los Tratados por sobre las leyes –aunque el nuevo Código no lo establezca expresamente–.

Para integrar el análisis, no podemos dejar de mencionar que la tan mentada prelación de los Tratados con respecto a la ley –en el ámbito de aplicación– sí surge del Título IV “Disposiciones de derecho internacional privado”, Capítulo I “Disposiciones generales”. En efecto, el art. 2594 dispone: “Las normas jurídicas aplicables a situaciones vinculadas con varios ordenamientos jurídicos nacionales se determinan por los tratados y las convenciones internacionales vigentes de aplicación en el caso y, en defecto de normas de fuente internacional, se aplican las normas del derecho internacional privado argentino de fuente interna”.

El art. 2594 establece la prelación en la aplicación de los Tratados con respecto a los casos que poseen cierta internacionalidad.

Por lo tanto, parecería que el nuevo Código distinguiera entre dos tipos de casos: 1) los que son absolutamente locales y 2) los que tienen notas de internacionalidad. Para los primeros, se aplicaría el art. 1 (que remite en la aplicación exclusivamente a la ley) y para los segundos se aplicaría el art. 2594 (que establece la prelación del Tratado por sobre la ley).

Esta separación tajante entre casos locales y con notas de internacionalidad no tiene vinculación con la realidad. Veamos: hemos asistido en estos últimos cincuenta años a la “internacionalización” de las relaciones jurídicas. El avance de los medios de comunicación y transporte han generado, entre otros factores, un múltiple desplazamiento de personas. La globalización y la liberalización de los flujos de capitales y de inversión han derretido prácticamente las fronteras estatales.

Es habitual encontrarse hoy, con casos que impliquen a personas que tienen su patrimonio internacionalmente disperso (por haber adquirido bienes en diversos Estados) o porque, habiendo mudado su domicilio por cuestiones laborales generaron vínculos familiares en el extranjero. En suma, estos casos ponen de relieve que las relaciones jurídicas dejaron de tener contactos exclusivamente “locales”, para tornarse internacionales.

Como muy bien lo explican CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ¹¹, el elemento extranjero de una relación puede presentarse de diversos modos: **Tesis del elemento extranjero puro**: según esta tesis, una situación privada manifiesta carácter “internacional” cuando presenta, al menos, un elemento extranjero, cualquiera que sea dicho

¹⁰ BIDART CAMPOS, Germán, Teoría general de los derechos humanos, primera reimpresión, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2006.

¹¹ CALVO CARAVACA Alfonso y CARRASCOSA GONZÁLEZ Javier, Derecho Internacional Privado, Volúmen 1, Comares editorial, Novena edición, Madrid, 2008.

elemento. Por ejemplo: una persona con domicilio en Argentina contrae matrimonio en España. Está claro que el elemento extranjero aquí ejemplificado (celebración del matrimonio en otro país) se trata de un dato presente y concreto en una relación jurídica que no aparece “conectado” con el resto de esa situación.

Es muy interesante mencionar, dentro de esta tesis, la postura de BIOCCA¹²: para esta importante especialista argentina, una relación jurídica es internacional no sólo cuando posee un elemento extranjero puro (presente y concreto) sino también cuando posee un elemento extranjero “oculto”. Es decir, en apariencia se estaría frente a una situación jurídica local pero con algún elemento oculto extranjero. Por ejemplo: una sociedad que se ha constituido en Argentina, sus socios son argentinos, el capital se ha integrado en Argentina y desarrolla su objeto social en Argentina, pero pertenece a un grupo económico internacional y le gira utilidades a la casa matriz sita en Francia. La pertinencia al holding y el giro de utilidades no surge del estatuto (que se vincula a conexiones estrictamente locales). Sólo es posible acreditar los elementos extranjeros (pertinencia a un grupo económico internacional y el giro de utilidades al exterior) “corriendo el velo societario”¹³.

Tesis del elemento extranjero relevante: para esta tesis, una situación es internacional cuando presenta un elemento extranjero pero este elemento debe ser “relevante” para esa relación jurídica. Por ejemplo: el supuesto que un australiano compra ropa en Argentina no tornaría internacional la relación que se establece, ya que la nacionalidad de quien adquiere los productos no sería suficientemente relevante. Esta teoría ha recibido diversas críticas por confundir la importancia de la relación jurídica con la importancia del elemento extranjero. Ciertamente, la nacionalidad puede no ser relevante para un tema contractual, pero sí resulta relevante para temas vinculados a los derechos personales o de familia en los sistemas del *ius sanguinis*.

Tesis del efecto internacional: esta postura sostiene que una relación es internacional cuando produce efectos conectados con otros países o cuando presenta repercusión transfronteriza (*cross-border implications*). La crítica más importante que ha recibido reside en la dificultad de determinar cuando una relación jurídica produce o puede producir efectos internacionales. Por ejemplo, una empresa con sede en Argentina se dedica a la producción de calzado con la intención de venderlo en el mercado local e internacional. Como puede desprenderse del ejemplo, la relación se presenta como estrictamente nacional. Sin embargo, existe la “intención de vender los productos en el extranjero” y esa intención la transforma en internacional.

En la actualidad –y como viene de explicarse– los casos no son exclusivamente locales. Por lo tanto, es erróneo imponer la aplicación de la ley a casos que no poseen internacionalidad en sus comienzos pero puede tener contactos con el extranjero en sus consecuencias.

Pero además, también es un error sostener que un Tratado sólo se aplica a casos internacionales. Las normas internacionales crean obligaciones para las partes contratantes en

¹² BIOCCA Stella Maris, Derecho Internacional Privado, Un nuevo enfoque, Tomo I, Editorial Lajouane, Buenos Aires, 2004.

¹³ La tesis del corrimiento del velo societario fue utilizada por la jurisprudencia argentina en diversas oportunidades. El leading case sin dudas fue “Compañía Swift de La Plata S.A. s. Quiebra” (CS, 1973/09/04)

su ámbito territorial¹⁴. La regla *pacta sunt servanda* dispone que lo concertado en un Tratado es jurídicamente obligatorio y debe ser cumplido¹⁵.

Los Tratados poseen efecto directo en el sistema jurídico argentino, es decir, no sólo generan efectos jurídicos para los Estados sino que también crean derechos y obligaciones para las personas¹⁶.

La ausencia de integración de los Tratados en el ámbito de aplicación a los casos locales -según surge del art. 1 primera parte- sin embargo, podrá ser corregida por los magistrados con fundamento en lo dispuesto en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional frente al planteo del caso concreto.

¹⁴ BARBERIS Julio, Formación del derecho internacional, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1994.

¹⁵ Ob. Cit. 14

¹⁶ SOTO Alfredo-GONZÁLEZ Flavio Floreal, Derecho de la Integración, La Ley, Buenos Aires, 2011

Derecho del Consumidor

El Nuevo Código y la protección de los débiles jurídicos (Contratos de consumo, contratos por adhesión, abuso del derecho, situación jurídica abusiva, abuso de posición dominante cláusulas abusivas y prácticas abusivas)

Por Jorge Oscar Rossi¹

Sumario:

I. Introducción. II. El nuevo Código Civil y Comercial y el contrato de consumo. III. El concepto de “consumidor” y de “equiparado”. IV. Las tres “categorías de contratos”. V. Los “curiosos” conceptos de “Contrato de Consumo” y de “Proveedor” en el Nuevo Código. VI. El abuso del derecho y las cláusulas abusivas en el Nuevo Código. VII. Colofón.

I. Introducción.

Una de las características distintivas del Derecho del Consumidor es que se trata de una disciplina que estudia la regulación jurídica de las conductas de individuos que se relacionan económicamente en condiciones de **desequilibrio sistémico**.

Dicho de otra manera, esta disciplina se ocupa de la regulación de conductas en un sistema de producción y distribución de bienes y servicios **en el cual los individuos intervinientes no están en igualdad de condiciones**.

Esta desigualdad no se da como un fenómeno ocasional, raro o extraordinario, sino que es lo normal y esperable. Por eso decimos que se trata de un "desequilibrio sistémico" (es decir, propio del sistema).

Ahora bien, el consumidor o usuario es solo un ejemplo de persona en situación de desigualdad negocial.

En realidad, más que hablar de proteger al consumidor, tendríamos que ocuparnos de proteger al “*débil jurídico*”, categoría que incluye a todo aquel que se encuentra en situación de desigualdad a la hora de negociar y celebrar un contrato.

Pensamos que la existencia de desigualdad negocial es lo que amerita protección para una de las partes, y no el uso que le va a dar al bien o servicio. Recíprocamente, la inexistencia de desigualdad negocial es lo que debe generar que ninguna parte requiera especial protección, más allá del uso que una de ellas le va a dar al bien o servicio.

En ese sentido el nuevo Código Civil y Comercial muestra un saludable avance en el camino de evolución legislativa, al reafirmar al "equilibrio prestacional" como un requisito para

¹ Abogado (U.B.A.) Profesor Titular de “Régimen Jurídico de los Consumidores y Usuarios”, Adjunto Regular de Contratos Civiles y Comerciales y Adjunto de Obligaciones Civiles y Comerciales en la Universidad Abierta Interamericana.

Director de Capacitación a Distancia y docente de la Fundación de Ciencias Jurídicas y Sociales del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires.

Autor, entre otras publicaciones, de “Derecho de los Consumidores y Usuarios” (El Derecho del Consumidor y sus circunstancias: La “Sociedad de Consumo Individual”, la “Sociedad de Consumo Masificado” y la “Sociedad de Prosumo”), de Editorial CIJUSO, año 2014. Formato E-book (ISBN 978-987-20376-1-1), “Responsabilidad Civil Médica”, de Ediciones D&D, año 2011, “Responsabilidad Civil & Daños”, de Ediciones D&D, segunda edición, año 2009, “Contratos, Paso a Paso”, de Ediciones D&D, año 2008 y “Derecho del Consumidor”, Editorial Alveroni, año 2009, este último junto con el Dr. Luis R. Carranza Torres.

la validez de los actos jurídicos, en especial en aquellos en los que haya existido una desigualdad negocial en la etapa de las tratativas y de la celebración del acto, como es el caso de los **contratos celebrados por adhesión**, donde la parte adherente tuvo nula intervención en la redacción de las cláusulas que regirán el acuerdo.

II. El nuevo Código Civil y Comercial y el contrato de consumo

Como sabemos, el nuevo Código Civil y Comercial, que entrará en vigencia el 1° de enero de 2016, fue sancionado por la ley 26.994, (Boletín Oficial 8/10/14), está dividido en un Título Preliminar y seis Libros y consta de 2671 artículos.

Comenzaremos ocupándonos de algunos temas relacionados con el Derecho de los Contratos y del Consumidor.

En esta cuestión, el Nuevo Código Civil y Comercial (en adelante NCCC) adopta el siguiente criterio:

Regula a los "contratos de consumo", entre los arts. 1092 a 1122, pero no deroga la ley 24240, de Defensa del Consumidor, (en adelante LDC), sino que modifica sus artículos 1º, 8º, 40bis y 50, según surge del "Anexo de la ley de derogaciones" (ver art. 2º ley 26.994, que aprueba el Anexo II, que dispone esta y otras modificaciones normativas). Es decir que el tema tendrá una doble regulación.

El NCCC buscaría establecer un **piso mínimo de derechos** para el consumidor, mientras que la ley 24.240 quedaría como una ley especial que amplía dichos derechos.

En los Fundamentos del Proyecto Original, redactado por la Comisión integrada por los doctores Ricardo Luis Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, luego de analizar algunas de las soluciones adoptadas en el Derecho Comparado, se señala que *"...corresponde regular los contratos de consumo atendiendo a que no son un tipo especial más (Ejemplo: la compraventa), sino una fragmentación del tipo general de contratos, que influye sobre los tipos especiales (Ejemplo: compraventa de consumo), y de allí la necesidad de incorporar su regulación en la parte general. Esta solución es consistente con la Constitución Nacional que considera al consumidor como un sujeto de derechos fundamentales, así como con la legislación especial y la voluminosa jurisprudencia y doctrina existentes en la materia."* (Fundamentos, pág. 144)

Más adelante, se añade que *"...se propone incluir en el Código Civil una serie de principios generales de protección del consumidor que actúan como una "protección mínima", lo que tiene efectos importantes:*

- En materia de regulación, ello implica que no hay obstáculos para que una ley especial establezca condiciones superiores.*
- Ninguna ley especial en aspectos similares pueda derogar esos mínimos sin afectar el sistema. El código, como cualquier ley, puede ser modificado, pero es mucho más difícil hacerlo que con relación a cualquier ley especial.*

Por lo tanto, estos "mínimos" actúan como un núcleo duro de tutela.

· También es considerable el beneficio en cuanto a la coherencia del sistema, porque hay reglas generales sobre prescripción, caducidad, responsabilidad civil, contratos, del Código Civil que complementan la legislación especial proveyendo un lenguaje normativo común,..."
(Fundamentos, pág. 162)

III. El concepto de “consumidor” y de “equiparado”

En el texto del NCCC, se sigue un concepto *restringido o finalista* de consumidor, en línea con lo que se vino regulando hasta ahora en la LDC:

ARTICULO 1092.- Relación de consumo. Consumidor. Relación de consumo es el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor. Se considera consumidor a la persona humana o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

En la LDC, ahora se sustituye el actual art. 1º por el siguiente:

“Artículo 1º.- Objeto. Consumidor. Equiparación. La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario. Se considera consumidor a la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.”

Como puede observarse, el concepto de consumidor y de equiparado al consumidor será prácticamente idéntico en ambos textos. Decimos que es un concepto restringido o **finalista**, porque resulta caracterizante del mismo la **finalidad** por la cual se adquieren o utilizan los bienes o servicios (“*como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social*”)

Concepto de equiparado

El art. 1092, antes citado, establece que

“Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.”

Compárese **con el actual** art. 1º de la LDC, que también será modificado, como ya vimos:

“Se considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como

destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo.”

Como puede observarse, el artículo 1092 y el “nuevo” art. 1° de la ley 24.240, tienen un concepto más restringido del “equiparado” porque eliminan la expresión **“a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo”**.

Al respecto, en los Fundamentos del Proyecto Original se destaca que la regulación del tema, a través de la figura del “consumidor expuesto”, *“ha sido una traslación inadecuada del Código de Defensa del Consumidor de Brasil (artículo 29), que contempla esta noción en relación a las prácticas comerciales, pero no como noción general. Como se advierte, la fuente si bien amplía la noción de consumidor, la limita a quien se halla expuesto a prácticas abusivas lo que aparece como absolutamente razonable. En cambio, la redacción de la ley 26.361, carece de restricciones por lo que, su texto, interpretado literalmente, ha logrado una protección carente de sustancialidad y de límites por su amplitud. Un ejemplo de lo expuesto lo constituye el hecho que alguna opinión y algún fallo que lo recepta, con base en a la frase “expuestas a una relación de consumo”, han considerado consumidor al peatón víctima de un accidente de tránsito, con relación al contrato de seguro celebrado entre el responsable civil y su asegurador.”* (Fundamentos, pág. 163)

IV. Las tres “categorías de contratos”

Mediante la regulación de los “contratos por adhesión”, el nuevo Código busca a proteger a **los otros débiles jurídicos**, los que no entran en la categoría de “consumidores”.

En efecto, el Proyecto pueden observarse **tres grandes categorías** de contratos: Los contratos **discrecionales**, los celebrados por **adhesión** y los de **consumo**.

1) Los contratos “DISCRECIONALES”, “NEGOCIADOS” o “PARITARIOS” (contratos donde las partes están en paridad de condiciones), donde rige en plenitud la autonomía de la voluntad.

2) Los contratos CELEBRADOS POR ADHESIÓN A CLÁUSULAS GENERALES PREDISPUESTAS Regulados en los arts. 984 a 989. Son aquellos *“mediante el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predispuestas unilateralmente, por la otra parte o por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción.”* (conf. art. 984)

En esta categoría de contratos, la autonomía de la voluntad está limitada por normas de orden público, que tienen la finalidad de evitar abusos por parte del predisponente. Por ejemplo:

ARTICULO 987.- Interpretación. Las cláusulas ambiguas predispuestas por una de las partes se interpretan en sentido contrario a la parte predisponente.

ARTICULO 988.- Cláusulas abusivas. En los contratos previstos en esta sección, se deben tener por no escritas:

a) las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones del predisponente;

b) las que importan renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplían derechos del predisponente que resultan de normas supletorias;

c) las que por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles.

De paso, resulta útil comparar estos artículos con el art. 37 de la LDC, para apreciar sus similitudes.

Siguiendo con el tema, en los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas se protege al adherente, **sea o no sea consumidor**. Lo que importa es la forma de contratación. Es la **forma o modalidad** de contratación la que pone al adherente (que, por ejemplo, puede ser un pequeño empresario) en situación de debilidad.

3) Los **CONTRATOS DE CONSUMO** (arts. 1092 a 1122)

Estos **pueden ser o no celebrados por adhesión**. La autonomía de la voluntad está limitada por normas de orden público, que tienen la finalidad de evitar abusos por parte del proveedor.

En los contratos de consumo **se protege al consumidor, sea o no adherente**. Eso no importa. Es decir, **no importa la modalidad de contratación** (si hubo o no hubo negociación previa, conforme surge, por ejemplo, de la lectura de los arts. 1117 y 1118). Lo que importa es que uno de los contratantes, el proveedor, es un profesional y el otro, el consumidor, no lo es. Esa diferencia es la que pone al consumidor en situación de debilidad. Esto nos lleva al siguiente y polémico punto.

V. Los “curiosos” conceptos de “Contrato de Consumo” y de “Proveedor” en el Nuevo Código

“ARTICULO 1093.- Contrato de consumo. Contrato de consumo es el celebrado entre un consumidor o usuario final **con una persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente** o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social.” (el subrayado y la negrita es nuestro)

Decimos que son conceptos “curiosos” por lo siguiente:

En lugar de expresar que “Es la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera **profesional, aun ocasionalmente...**” (actual art. 2º LDC, que no será modificado), dispone que la contrafigura del consumidor será “una persona física o jurídica que actúe **profesional u ocasionalmente** o...una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada...”.

Obviamente, “**profesional, aun ocasionalmente**” no es lo mismo que “**profesional u ocasionalmente**”. Si alguien puede ser proveedor, sea que actúe en forma profesional o en forma ocasional, podríamos preguntarnos ¿Quién no sería proveedor?

Por otra parte, como el actual art. 2 de la LDC **no se deroga**, por lo que expresáramos más arriba, entendemos que se plantearía un problema de interpretación entre ambas normas.

Además, del texto surge que el proveedor también puede ser una “*empresa productora de bienes o prestadora de servicios*”.

El nuevo Código **no incluye ninguna definición de empresa**, pero algunos artículos hacen presumir que no se aparta del concepto tradicional, que ve en la empresa una forma de organización de bienes y servicios.

Por ejemplo, el art. 320 establece que *“Están obligadas a llevar contabilidad todas las personas jurídicas privadas y quienes realizan una actividad económica organizada **o son titulares de una empresa o establecimiento comercial, industrial o de servicios...quedan excluidas de las obligaciones previstas en esta Sección las personas humanas que desarrollan profesiones liberales o actividades agropecuarias y conexas **no ejecutadas u organizadas en forma de empresa....**”*** (la negrita es nuestra)

De lo transcrito surge que se sigue el criterio tradicional: La empresa es un **objeto de derecho**, cuyo **titular puede ser una persona jurídica o humana**.

Por ende, como la empresa no es sujeto sino objeto de derecho, va de suyo que no puede ser parte en un contrato ni tampoco proveedor. Parte y proveedor será, en todo caso, el titular de la empresa. En resumen, nos parece un error conceptual expresar que la empresa puede ser proveedor. En todo caso, lo serán los empresarios que produzcan bienes o presten servicios.

Por último, si comparamos los textos de los artículos 1092 y 1093, observamos una posible fuente de conflictos interpretativos en la definición de consumidor.

En efecto, según el 1092, el consumidor *“adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.”*

Por su parte, al definir el “contrato de consumo”, el art. 1093 prescribe que el consumidor adquiere los bienes o servicios *“para su uso privado, familiar o social”*.

Nos preguntamos: Adquirir o utilizar bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio (conf. art. 1092), ¿es lo mismo que hacerlo “para su uso privado”? (conf. art. 1093)

Suponemos que sí, porque no cabe pensar que el legislador establezca dos definiciones distintas de consumidor en dos artículos sucesivos. En ese caso, ¿Qué significa “uso privado”?

Cabe pensar que con esta expresión, el Proyecto busca afirmar **el concepto restrictivo de consumidor**, limitándolo a los casos donde se adquiera el bien o servicio sin finalidad de posterior explotación comercial, o como también se dice, sin *“reingresarla al mercado”*. “Uso privado” sería entonces equivalente a “uso no comercial”.

Nos parece una interpretación razonable, dentro del sistema del nuevo Código, porque quienes quedarían excluidos de la definición de consumidor (vgr: pequeños y medianos empresarios que adquieren bienes y servicios para utilizarlos con finalidad comercial y que muchas veces no pueden negociar las cláusulas por hallarse en inferioridad de condiciones) **igual quedarían protegidos por las reglas que rigen para los contratos de adhesión.**

Al respecto, repetimos que, en el sistema del nuevo Código, en los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas se protege al adherente, **sea o no sea consumidor**. Eso no importa. *Lo que importa es la forma de contratación.* Es la forma o

modalidad de contratación es la que pone al adherente (que, por ejemplo, puede ser un pequeño empresario) en situación de debilidad.

VI. El abuso del derecho y las cláusulas abusivas en el Nuevo Código

Recordemos, en primer lugar, que la figura del abuso de derecho no estaba contemplada en la versión original del Código Civil, sino que fue incorporada por la reforma de la ley 17.711, al modificarse el artículo 1071. En la concepción decimonónica, el ejercicio de un derecho no podía configurar nunca un abuso del mismo.

Muchos años más tarde, la reforma de la ley 17.711 se hace eco de las aportaciones doctrinarias y jurisprudenciales, que apuntan al análisis de la finalidad tenida en cuenta por el legislador, a la hora de reconocer un derecho.

El Código actual: Abuso del derecho

A continuación, vamos a comparar la regulación de este instituto en el Código actual y en el **NCCC**:

Art. 1.071 del Código Civil: *“El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto.*

La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraríe los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.”

EL NCCC: Abuso del derecho, situación jurídica abusiva, abuso de posición dominante y abuso del derecho individual respecto del derecho de incidencia colectiva

Principio de buena fe, abuso del derecho y situación jurídica abusiva

ARTÍCULO 9º del **NCCC**.- *“Principio de buena fe. Los derechos deben ser ejercidos de buena fe.”*

Art. 10 del **NCCC**: *“Abuso **del derecho**. El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto.*

La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización.”

En los fundamentos del Proyecto Original, redactado por la Comisión integrada por los doctores Ricardo Luis Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci se destaca que

“Las cláusulas generales relativas a la buena fe, el abuso, el fraude, y otras, tuvieron un proceso histórico de generalización creciente. Primero fueron utilizados en obligaciones, contratos y derechos reales específicos, luego se extendió su aplicación a las obligaciones, los contratos, los derechos reales, de familia y de sucesiones en general, y finalmente fueron adoptados como principios generales en todo el derecho privado.

Esta calificación como principios generales, que ha sido ampliamente receptada en la jurisprudencia, no se condice con la ubicación metodológica en el Código Civil, que sigue siendo específica y sectorial.

Por esta razón se propone su inclusión en el Título Preliminar.

De esta manera, se suministran pautas generales para el ejercicio de los derechos, fundamentales para orientar en todo el Código.” (páginas 17 y 18, la negrita es nuestra).

Sin perjuicio de que el tratamiento es similar en ambos textos, en los Fundamentos del Proyecto se señalan las siguientes diferencias:

“a) Definición como principio general: se lo incluye como un principio general del ejercicio de los derechos en el Título Preliminar; esta metodología cambia la tonalidad valorativa de todo el sistema, sin perjuicio de las adaptaciones en cada caso en particular.

b) Abuso de derecho, de situaciones y de posición dominante en el mercado: el abuso en el ejercicio del derecho tiene una extensa tradición en nuestro país tanto en la jurisprudencia como en la doctrina. **Esta elaboración se basa en el ejercicio de un derecho por parte de su titular, pero no comprende otros dos supuestos que han merecido consideración doctrinal:**

b.1) Las “situaciones jurídicas abusivas”: en este supuesto, el abuso es el resultado del ejercicio de una pluralidad de derechos que, considerados aisladamente, podrían no ser calificados como tales. Se crean entonces situaciones jurídicas abusivas, cuya descripción y efectos han sido desarrollados por la doctrina argentina.

b.2) El abuso de posición dominante en el mercado: para dar coherencia al sistema, se incluye este supuesto, que es diferente del ejercicio abusivo y de la situación jurídica, razón por la cual se lo menciona en texto separado.

c) Fines del ordenamiento: se evita la referencia a los fines “pretéritos” con la expresión que se “tuvo en mira al reconocer (el derecho)”, pues el texto de una norma no puede quedar indefinidamente vinculado a su sentido “histórico”. En su reemplazo, se emplea la noción de “fines del ordenamiento” que evita la contextualización histórica, posibilitando la interpretación evolutiva para juzgar si se ha hecho un uso irregular o abusivo.

Esta decisión tiene una gran importancia por dos razones: a) los fines actuales del ordenamiento incluyen no sólo los sociales, sino también los ambientales, dándose así cabida a la denominada función ambiental de los derechos subjetivos; y b) es coherente con las reglas de interpretación que se proponen en este Título Preliminar.” (página 19, la negrita es nuestra)

Abuso de posición dominante

El abuso de posición dominante, mencionado en los citados Fundamentos, aparece regulado en el art. 11 del NCCC:

*“**Abuso de posición dominante.** Lo dispuesto en los artículos 9º y 10 se aplica cuando se abuse de una posición dominante en el mercado, sin perjuicio de las disposiciones específicas contempladas en leyes especiales.”*

El abuso de posición dominante puede darse de diversas maneras, sea por un ejercicio abusivo de los derechos que surgen de la posición dominante en el mercado, sea directamente por una actuación de mala fe.

Precisamente, en los Fundamentos se señala que *“El ejercicio abusivo incluye la posición dominante, pero debe aclararse que se trata de la **posición en el mercado**. El fundamento de este agregado es que **el principio protectorio siempre presupone que alguien domina a otro**, pero las reglas a través de las cuales se aplica dicho principio de política legislativa son diversas y cada una tiene su fundamento específico: buena fe, abuso del derecho, etc. Si se incluyera una norma que se refiera sólo a la posición dominante, perderían sentido todas las demás y las absorbería, con gran perjuicio general del sistema y de su adaptabilidad, ignorando la doctrina y jurisprudencia.”* (página 20, la negrita es nuestra)

Se trata de un **específico ejercicio abusivo**: abusar de la posición dominante (vgr. monopólica, oligopólica) que se tiene en un mercado determinado.

Abuso del derecho individual respecto del derecho de incidencia colectiva

“ARTÍCULO 14.- Derechos individuales y de incidencia colectiva. En este Código se reconocen:

a. derechos individuales;

b. derechos de incidencia colectiva.

La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general.” (la negrita es nuestra)

Al respecto, se expresa en los Fundamentos que, *“es importante resaltar la noción de abuso del derecho individual respecto del derecho de incidencia colectiva. Esta norma ha sido ubicada en el Capítulo referido a los bienes a fin de facilitar su comprensión, porque es novedosa en el sistema argentino. Se trata de que los derechos subjetivos tengan límites respecto de los bienes colectivos, como ocurre con el desarrollo o consumo sustentable o la función ambiental de los derechos.”* (página 20, la negrita es nuestra)

Las cláusulas abusivas en el Nuevo Código

Siguiendo con nuestro tema, en el NCCC encontramos un tratamiento relativo a las cláusulas abusivas tanto para los contratos por adhesión como para los de consumo.

En este último caso, también veremos un tratamiento específico para las situaciones jurídicas abusivas y las prácticas abusivas,

A continuación, analizaremos el tratamiento de las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión y en los de consumo:

1) Cláusulas abusivas en los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas

Veamos los artículos del NCCC:

ARTICULO 988.- Cláusulas abusivas. *En los contratos previstos en esta sección, se deben tener por no escritas:*

- a) las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones del predisponente;*
- b) las que importan renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplían derechos del predisponente que resultan de normas supletorias;*
- c) las que por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles.*

ARTICULO 989.- Control judicial de las cláusulas abusivas. *La aprobación administrativa de las cláusulas generales no obsta a su control judicial. Cuando el juez declara la nulidad parcial del contrato, simultáneamente lo debe integrar, si no puede subsistir sin comprometer su finalidad.*

Destacamos que estos artículos son muy similares al art. 37 de la ley 24.240, de Defensa del Consumidor, que no será afectado por la reforma.

2) Cláusulas abusivas, situaciones abusivas y prácticas abusivas en los contratos de consumo

Justamente, el NCCC aplica el art. 988, entre otros, a los contratos de consumo:

ARTÍCULO. 1117.- Normas aplicables. *Se aplican en este Capítulo lo dispuesto por las leyes especiales y los artículos 985, 986, 987 y 988, existan o no cláusulas generales predispuestas por una de las partes.*

ARTÍCULO 1118.- Control de incorporación. *Las cláusulas incorporadas a un contrato de consumo pueden ser declaradas abusivas aun cuando sean negociadas individualmente o aprobadas expresamente por el consumidor.*

Cabe resaltar que en los contratos celebrados de consumo **se protege al consumidor, sea o no adherente**. Eso no importa. Es decir, **no importa** la modalidad de contratación (si hubo o no hubo negociación previa, conforme surge, por ejemplo, de la lectura de los arts. 1117 y 1118). Lo que importa es que uno de los contratantes, el proveedor, es un profesional y

el otro, el consumidor, no lo es. Esa diferencia es la que pone al consumidor en situación de debilidad.

Definición de cláusula abusiva en los contratos de consumo:

*“ARTÍCULO 1119.- **Regla general.** Sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes especiales, es abusiva la cláusula que, **habiendo sido o no negociada individualmente**, tiene por objeto o por efecto **provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones** de las partes, en perjuicio del consumidor.” (la negrita y el subrayado es nuestro)*

Definición de situación jurídica abusiva en los contratos de consumo:

*“ARTÍCULO 1120.- **Situación jurídica abusiva.** Se considera que existe una situación jurídica abusiva **cuando el mismo resultado** se alcanza a través de la predisposición de una **pluralidad de actos jurídicos conexos**.” (la negrita y el subrayado es nuestro)*

Dicho con un ejemplo, la situación jurídica abusiva puede darse cuando el “desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor”, se alcanza por la combinación de las disposiciones de un contrato de compraventa y un mutuo destinado a financiarla.

Un inciso polémico

*“ARTICULO 1121.- **Límites.** No pueden ser declaradas abusivas:*

*a) **las cláusulas relativas a la relación entre el precio y el bien o el servicio procurado;***

*b) **las que reflejan disposiciones vigentes en tratados internacionales o en normas legales imperativas.**” (la negrita y el subrayado es nuestro)*

En los Fundamentos del Proyecto (página 136) solo se expresa que “Se establece que *no pueden ser declaradas abusivas las cláusulas relativas a la relación entre el precio y el bien o el servicio procurado y las que reflejen disposiciones vigentes en tratados internacionales o en normas legales imperativas, lo cual es coherente con normas de derecho comparado*”.

El “Fundamento” es prácticamente lo mismo que dice el artículo, con el mero agregado de que esta regulación “*es coherente con normas de derecho comparado*”.

Si bien los Fundamentos no aclaran el punto, el pensamiento de algunos de los redactores del Proyecto tal vez se reflejó el 23 de septiembre de 2014, cuando la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó sentencia en autos "Municipalidad de Berazategui c. Cablevisión S.A. s/ Amparo" (causa M.1145.XILX).

El Máximo Tribunal revocó la resolución de la Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, en una demanda promovida por el Intendente Municipal de

Berazategui, que había hecho lugar a una medida cautelar innovativa y ordenado refacturar el servicio prestado a los usuarios del partido de Berazategui con sujeción a las resoluciones 50/2010 y 36/2011 de la Secretaria de Comercio Interior y percibir un abono de \$ 109 o \$ 116 según los meses de que se trate, obligándola asimismo a abstenerse de interrumpir o modificar el servicio hasta tanto se resuelva la cuestión suscitada.

Entre otras cuestiones, la Corte Suprema advirtió que el tema había sido tratado anteriormente en otros autos y por otro juez.

En el considerando 6° del voto que lleva, entre otras, la firma del Dr. Lorenzetti, se expresa que en el Derecho Comparado “se verifica **una marcada tendencia de los diversos ordenamientos relativos a la defensa de los derechos del consumidor, en el sentido de excluir que el precio de un bien o servicio pueda ser, por sí mismo, considerado como abusivo** por la autoridad judicial (vid. Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, arto 4.2, y Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores). Ello así, **con el evidente fin de evitar precisamente que, de admitir lo contrario, se generen de modo indirecto los efectos distorsivos del mercado** que se mencionaron anteriormente.”

En cuanto a los “efectos distorsivos”, suponemos se refieren a que existirían diferencias de precios entre los consumidores beneficiados por la resolución judicial y los que no fueron beneficiados, por hallarse, por ejemplo, en otra jurisdicción (argumento que surge de la lectura del mencionado considerando 6°).

Más allá de esta posible explicación, no comprendemos la razón por la cual no pueda declararse abusiva una cláusula que evidencie una desproporción entre **el precio y el bien o el servicio procurado**. Justamente, una cláusula como esta sería susceptible de **“provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones”** (conf. Art. 1119 del Proyecto)

De todas maneras, ante un caso de notable desproporción entre el precio y el bien, siempre se podrá invocar el **vicio de lesión** (conf. art. 332 del NCCC, similar al art. 954 del Código actual) *si la desproporción existe desde la celebración del contrato*, o la **excesiva onerosidad** por causas ajenas y extraordinarias, (conf. art. 1091 del NCCC, similar al art. 1198 del Código actual) *si la desproporción es sobreviniente*.

Las prácticas abusivas en los contratos de consumo:

Justamente, en el NCCC, **“Prácticas abusivas”** es el título de la Sección 1°, del CAPITULO 2, del TITULO III, consagrado a los contratos de consumo. Al respecto, el NCCC propone un tratamiento que **guarda muchas similitudes con el art. 8 bis** de la ley 24.240, **en especial en la redacción de los arts. 1097 y 1098:**

ARTÍCULO 1096.- Ámbito de aplicación *Las normas de esta Sección son aplicables a todas las personas expuestas a las prácticas comerciales, determinables o no, sean consumidores o sujetos equiparados conforme lo dispuesto en el artículo 1092.*

*ARTÍCULO 1097.- **Trato digno.** Los proveedores deben garantizar condiciones de atención y trato digno a los consumidores y usuarios. La dignidad de la persona debe ser respetada conforme a los criterios generales que surgen de los tratados de derechos humanos. Los proveedores deben abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias.*

*ARTÍCULO 1098.- **Trato equitativo y no discriminatorio.** Los proveedores deben dar a los consumidores un trato equitativo y no discriminatorio. No pueden establecer diferencias basadas en pautas contrarias a la garantía constitucional de igualdad, en especial, la de la nacionalidad de los consumidores.*

*ARTÍCULO 1099.- **Libertad de contratar.** Están prohibidas las prácticas que limiten la libertad de contratar del consumidor, en especial, las que subordinan la provisión de productos o servicios a la adquisición simultánea de otros, y otras similares que persigan el mismo objetivo.*

VII. Colofón

Para terminar con esta breve introducción, y a manera de balance provisorio, consideramos positiva la regulación del “adherente” como categoría autónoma de débil jurídico, independizándolo de la figura del consumidor.

También nos parece destacable el tratamiento de las figuras de “abuso de derecho, de situaciones y de posición dominante en el mercado”, así como de las cláusulas y prácticas abusivas. Más allá de cuestiones de detalle que serán fruto de trabajos posteriores por nuestra parte, en líneas generales el NCCC sigue a la jurisprudencia y doctrina mayoritaria en estos temas.

En cambio, por las razones expuestas ut supra, consideramos desafortunada la definición de proveedor que se desprende del art. 1093 del NCCC, la que entendemos deberá ser uno de los temas que deban ser subsanados con ocasión de la primera ley “correctiva” del NCCC que se sancione. Propiciamos que la definición de proveedor del NCCC sea la misma que surge del art. 2º LDC, por lo que el art. 1093 podría quedar así:

*ARTICULO 1093.- **Contrato de consumo.** Contrato de consumo es el celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona humana o jurídica que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios.*

